

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CLÁUDIO ROBERTO OLIVEIRA SOUZA LISBOA

**A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO E AS
AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES: AUTONOMIA, PODER
NORMATIVO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

CURITIBA

2010

CLÁUDIO ROBERTO OLIVEIRA SOUZA LISBOA

**A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO E AS
AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES: AUTONOMIA, PODER
NORMATIVO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Paraná.**

Área de concentração: Direito do Estado

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2010

**Para Flávio e Cláudia, cujos laços são fontes de
amor, carinho e compreensão.**

“Sie müssen das Chaos und Wahnsinn innerhalb der
Geburt um einen tanzenden Stern zu geben.”¹

Nietzsche

“Mire veja: o mais importante e bonito do mundo é
isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não
foram terminadas – mas elas vão sempre mudando.
Afinam e desafinam. Verdade maior.”

Guimarães Rosa

“Em outras palavras, gostaria de ser um crocodilo
vivendo no rio São Francisco. Gostaria de ser um
crocodilo porque amo os grandes rios, pois são
profundos como a alma de um homem. Na superfície
são muito vivazes e claros, mas nas profundezas são
tranqüilos e escuros como o sofrimento dos homens.”

Guimarães Rosa

¹ “É preciso ter caos e fúria dentro de si para dar luz a uma estrela dançante.”

RESUMO:

O presente trabalho trata da evolução da atividade regulatória do Estado e o surgimento das agências reguladoras independentes, destacando a redefinição das estruturas de atuação do Estado e a busca de novos meios de legitimação no contexto da heterogeneidade e do pluralismo das relações entre Estado e sociedade. Nessa perspectiva, busca-se destacar a conformação histórica do advento das agências reguladoras, com a adoção pelo Estado de mecanismos mais eficientes e menos onerosos de atuação, sistematizando os principais aspectos dos entes reguladores no direito estrangeiro e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo como preocupação analisar as peculiaridades do regime das agências reguladoras, o presente estudo aborda os principais aspectos definidos em cada uma das leis instituidoras, como: natureza jurídica, autonomia administrativa, financeira e funcional, formas de nomeação dos órgãos de direção e a estabilidade de seus dirigentes. Analisa, também, a legitimação político-democrática das agências reguladoras independentes, buscando identificar a sua posição institucional, bem como as restrições e incompatibilidades de sua atuação em relação ao ordenamento jurídico nacional. Além disso, aborda as principais características do poder normativo das agências reguladoras independentes e sua relação com os princípios da legalidade e da separação dos poderes. Finalmente, examina alguns aspectos da participação popular no âmbito dos processos decisórios das agências reguladoras, objetivando apontar como a sua atividade pode estar mais próxima aos interesses e necessidades coletivas através do aprimoramento dos mecanismos de participação popular.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - AS TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E SOCIEDADE E SEUS EFEITOS NA ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
1 – OS PROCESSOS DE LEGITIMAÇÃO E OS NOVOS DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
1.1 – Aspectos da cultura pós-moderna e a Teoria da Ação Comunicativa.....	14
1.3 – A pós-modernidade e a legitimação da atuação administrativa do Estado .	17
2 – A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO	18
2.1 – Do Liberalismo e sua expansão nos séculos XVIII e XIX.....	18
2.2 – O Estado Intervencionista da segunda metade do século XX.....	22
2.3 – Do Estado Regulador.....	25
3 – REGULAÇÃO ECONÔMICA, ESTADO REGULADOR E AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES.....	29
3.1 – Noções preliminares sobre a regulação estatal.....	29
3.2 – Teorias da Regulação Econômica	31
3.3 – Mecanismos de Exercício da Atividade Regulatória	33
3.4 – Aspectos da Regulação Estatal no Direito Brasileiro.....	36
CAPÍTULO II – AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES: LEGALIDADE, EFICIÊNCIA E FUNÇÃO REGULADORA	40
1 – A REFORMA DO ESTADO E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES.....	40
2 – ASPECTOS HISTÓRICOS DO SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES NO DIREITO ESTRANGEIRO	44
2.1 – As agências reguladoras independentes no direito norte-americano	45
2.2 – O regime das Agências Reguladoras no direito francês.....	47
2.3 – Aspectos dos modelos de agências reguladoras adotadas nos demais países.....	49
3 – A INSERÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: ASPECTOS DA REFORMA DO APARELHO DE ESTADO BRASILEIRO	51

3.1 – As reformas de Estado no Direito Brasileiro.....	52
3.2 – As agências reguladoras no Direito Brasileiro	56
3.3 – Características das agências reguladoras independentes no direito brasileiro.....	60
3.4 – Natureza jurídica das agências reguladoras independentes.....	63
4 – ASPECTOS DA AUTONOMIA REFORÇADA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES	66
4.1 – Da autonomia financeira e orçamentária	66
4.2 – Autonomia administrativa e funcional	68
4.2.1 – Formas de nomeação e composição da estrutura organizacional.....	69
4.2.2 – Impossibilidade da exoneração <i>ad nutum</i> dos dirigentes das agências reguladoras.....	72
4.2.3 – Do regime de incompatibilidades	75
5 – REGIME DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL	77
6 – CONTROLE DAS ATIVIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ...	79
6.1 – Controle exercido pelos poderes Executivo e Legislativo	80
6.2 – Controle jurisdicional da atividade das agências reguladoras.....	82
7 – ASPECTOS DAS PRINCIPAIS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO	84
7.1 – Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL	84
7.2 – Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.....	87
7.3 – Agência Nacional do Petróleo – ANP	89
7.4 – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA	90
7.5 – Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	92
7.6 – Agência Nacional de Águas (ANA)	94
7.7 Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários.....	96
7.8 – Agência Nacional do Cinema.....	98
7.9 – ENTES SEMELHANTES ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES.....	99
7.9.1 - Agência Nacional do Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e Agência Nacional do Desenvolvimento do Nordeste (ADENE).....	99

7.9.2 – Conselho Monetário Nacional (CMN), Banco Central do Brasil (BACEN), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Comissão de Valores Imobiliários (CVM).....	100
8 – AGÊNCIAS REGULADORAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS	103
CAPÍTULO III – PODER NORMATIVO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES	105
1 – ASPECTOS DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	105
2 – O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	108
3 – COMPETÊNCIA NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO	111
3.1 – Aspectos da função regulamentar do Poder Executivo	112
3.2 – A competência regulamentar atribuída a outros órgãos da Administração Pública	117
4 – A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	119
4.1 – A competência normativa das agências reguladoras e o grau de especialização técnica dos setores regulados.....	122
4.2 – Características da atividade normativa das agências reguladoras	124
5 – A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES	126
5.1 – A legitimação da atividade normativa das agências reguladoras	129
5.2 – A participação popular no processo decisório das agências reguladoras..	132
CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141

INTRODUÇÃO:

A presente proposta tem por objeto examinar a evolução da atividade regulatória do Estado e as transformações ocorridas ao longo dos tempos, em que novas estruturas jurídicas têm exigido a revisão das teorias a respeito do modo de atuar do Estado.

Com efeito, em face do dinamismo e da complexidade nas relações entre Estado e sociedade novos institutos jurídicos determinaram mudanças estruturais que se consolidaram na legislação, doutrina e jurisprudência de diversos países.

Nesse processo, também se inclui a difusão de novos paradigmas a partir da heterogeneidade e do pluralismo social e político, em que a flexibilização da atuação do Estado exige a ampliação dos canais adequados de participação política para reforçar a legitimidade da sua atuação.

É nesse contexto de redefinição das estruturas de atuação do Estado diante da adoção de um papel normativo e regulador das atividades econômicas que surgem as agências reguladoras independentes.

A doutrina aponta a inspiração do regime das agências reguladoras no direito norte-americano com a criação, em 1887, da *Interstate Commerce Commission*, a qual tinha por funções o controle e fiscalização do setor ferroviário. A partir de então, sobretudo no século XX, vários países adotaram a figura dos entes reguladores com peculiaridades distintas em razão dos diversos regimes jurídicos.

No direito brasileiro, o advento das agências reguladoras está relacionado à implementação do Plano Diretor da Reforma do Estado, o qual tinha por finalidade a redução da atuação do Estado em busca de maior eficiência através da atividade regulatória. A criação de tais entes visava superar a ineficiência na prestação dos serviços públicos, o aumento das despesas públicas, a redução de receitas e a forte crise fiscal que exigiram uma atuação mais eficiente e menos onerosa para o atendimento das finalidades públicas.

Partindo dessas premissas é que o presente trabalho buscará verificar desde a conformação histórica e hermenêutica do surgimento das agências reguladoras, à luz das relações entre o direito público e o direito privado, partindo do Liberalismo e a evolução da concepção regulatória do Estado, até os aspectos das associações entre modernidade e pós-modernidade traçando um paralelo com a Reforma do Estado e da Administração Pública.

Desse modo, no Capítulo I serão analisados os principais marcos históricos que contribuíram para o aperfeiçoamento dos mecanismos de regulação econômica, ressaltando as concepções teóricas relativas às formas de concepção e estruturação da organização administrativa do Estado.

A partir do Liberalismo e sua expansão nos secs. XVIII e XIX, consolida-se a busca da proteção dos direitos individuais através de um sistema de garantias com a finalidade de desenvolver uma Administração racional e eficiente sob o primado da lei, da separação de poderes e da livre iniciativa. Porém, os reflexos desse modelo provocaram uma série de crises no domínio econômico e social que exigiram maior participação do Estado nos setores de interesse público.

Com o colapso do Estado Liberal, que não atende mais as necessidades sociais e econômicas, desponta um Estado intervencionista identificado pela atuação do Estado na execução direta das atividades econômicas e sociais para prover as necessidades coletivas.

Embora o aumento da intervenção do Estado tenha de certa forma assegurado a recuperação das economias, o enorme crescimento do aparato estatal e a ineficiência no atendimento dos serviços públicos levaram a superação do modelo intervencionista. Desse modo, a crise do Estado interventor enseja uma redução de sua atuação em busca de maior eficácia através de uma redefinição do papel do Estado voltado para a regulação da atividade econômica como imperativo de garantir políticas públicas para o bem estar social.

É nesse contexto que se insere a figura dos entes reguladores, em que se busca a redução da intervenção direta do Estado, através de uma gestão setorial, tendo por escopo a regulação de setores estratégicos da economia em face do agravamento da crise fiscal e da capacidade limitada do Estado de implementar políticas públicas.

Nesse sentido, o presente estudo dedica-se à análise das diversas teorias sobre os princípios e fundamentos da regulação estatal da economia, abordando os mecanismos de legitimação da atividade regulatória.

No Capítulo II parte-se especificamente da análise do surgimento das agências reguladoras no direito estrangeiro desde a primeira agência reguladora criada nos Estados Unidos da América em 1887 – *Interstate Commerce Commission* –, passando para a análise dos principais aspectos dos modelos de agências reguladoras adotadas nos demais países, em que se destacam a influência dos regimes adotados nos Estados Unidos, na Inglaterra e na França.

Após, busca-se centralizar o estudo na inserção das agências reguladoras no direito brasileiro a partir da redefinição das estruturas de atuação do Estado, analisando os principais aspectos das reformas na administração pública brasileira.

Com efeito, apesar da inspiração no direito comparado, os entes reguladores brasileiros possuem peculiaridades próprias em razão do modelo organizacional do Estado brasileiro, em que se busca a participação estatal em setores essenciais reduzindo sua ingerência nas demais atividades, cuja intervenção ocorre de forma complementar e subsidiária para assegurar os interesses da coletividade.

Assim, no exercício da atividade regulatória, a partir de 1995, foram criadas no Brasil nove agências no âmbito federal sob a natureza de autarquia de regime especial tendo por objeto, sobretudo, a regulação da prestação de serviços públicos, a defesa do mercado e da liberdade concorrencial possuindo competências executivas, normativas e fiscalizadoras.

Nessa perspectiva, serão sistematizados os aspectos gerais das Agências Reguladoras criadas no Brasil analisando a sua classificação, o seu funcionamento e as leis instituidoras que atribuem competências funcionais e administrativas em consonância com as diretrizes e políticas públicas estabelecidas pela administração.

Desse modo, serão analisadas as principais características das agências reguladoras definidas em cada uma das leis instituidoras como: natureza jurídica; autonomia financeira, administrativa e funcional; formas de nomeação e composição dos órgãos de direção; estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras no exercício de um mandato fixo e o regime de incompatibilidades.

Por outro lado, pretende-se examinar a legitimação político-democrática dos entes reguladores independentes, com representantes estáveis, não eleitos democraticamente e a sua atuação na implementação de políticas públicas.

Além disso, serão analisados aspectos referentes ao seu papel no desenvolvimento das funções do estado e sua posição institucional, buscando identificar as restrições, incompatibilidades e limites em relação ao ordenamento jurídico nacional.

No Capítulo III, serão analisados os principais aspectos do poder normativo e a legitimidade democrática das agências reguladoras independentes, destacando a sua relação com os princípios da legalidade e da separação de poderes, bem como a função regulamentar do Poder Executivo.

Com efeito, por atuarem em setores de incontestável relevância para a sociedade, é também objeto desse estudo examinar como os entes reguladores devem permitir a participação popular nos seus processos decisórios e nada mais importante que as audiências e consultas públicas prévias à edição de atos normativos.

Em se tratando de um tema que enseja divergências na doutrina acerca dos fundamentos legitimadores da atuação das agências reguladoras, o estudo buscará identificar a legitimação da sua atividade normativa, sobretudo em razão do grau de especialização técnica e dos diversos mecanismos de participação popular no âmbito dos seus processos decisórios.

CAPÍTULO I – AS TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E SOCIEDADE E SEUS EFEITOS NA ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1 - Os processos de legitimação e os novos desafios da administração pública

Nos últimos anos, inúmeras transformações na ordem econômica, social e política têm exigido a readaptação do modo de atuar do Estado. Para Habermas, “avolumam-se os problemas a exigirem o escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares. Para elaborá-los, de modo racional, tornam-se necessários discursos envolvendo a fundamentação e a aplicação, os quais extrapolam o quadro profissional de um preenchimento pragmático de tarefas.”²

Tais circunstâncias estão diretamente relacionadas à redefinição das estruturas de atuação do Estado diante dos desafios impostos pela complexidade das relações entre sociedade, economia e direito que delimitam novas formas de intervenção estatal.

Neste processo, também se inclui a difusão de novos paradigmas relacionados ao pluralismo da sociedade contemporânea em que “a atomização do social em rede de flexíveis jogos de linguagem sugerem que cada um pode recorrer a um conjunto bem distinto de códigos, a depender da situação em que se encontrar”.³

Desse modo, através de processos comunicativos formadores da opinião pública a participação popular garante a legitimidade da atuação dos organismos estatais possibilitando o enfrentamento dos problemas sociais e o controle dos mecanismos de atuação do Estado.

Essa preocupação com a influência dos processos comunicativos no âmbito das relações entre Estado e sociedade é destacada por Habermas na teoria do agir

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 184.

³ HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna. Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural**. São Paulo: Edições Loyola, São Paulo. Brasil. 1992. p. 51.

comunicativo, cujo enfoque está centralizado na intersubjetividade de sujeitos capazes de linguagem e ação.⁴

Privilegia-se o processo comunicativo sobre diversos aspectos interativos entre sujeitos, a partir de um consenso legitimamente obtido na sociedade⁵ capaz de fomentar a participação de todos nos processos de discussão sobre o papel e atuação do Estado.

Nesse sentido, Habermas destaca que:

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos.⁶

Assim, antes de iniciarmos especificamente o estudo do tema da evolução da atividade regulatória do Estado e das agências reguladoras, torna-se relevante a compreensão das novas características da sociedade que determinam mudanças no modo de ser e atuar do Estado em face do dinamismo e complexidade das relações sociais.

1.2 – Aspectos da cultura pós-moderna e a Teoria da Ação Comunicativa

A constante preocupação com a fragmentação, a efemeridade e instabilidade da concepção pós-moderna “aguça nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de superar o incomensurável.”⁷

Com efeito, a multiplicação das informações e a facilidade no seu acesso geram novas perspectivas em relação à atuação do Estado, tendo em vista que garante a

⁴ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2006. p. 104.

⁵ Ibidem. “Em sua teoria, os sujeitos, ao se comunicarem linguisticamente, partem necessariamente de um prévio consenso que ‘serve de pano de fundo para sua ação comunicativa’ (SIEBENEICHLER, 1989, P. 96). O consenso torna-se manifesto através do reconhecimento recíproco, ainda prévio, de pretensões de validade, que são pressupostas. São elas: a pretensão de compreensibilidade (inteligibilidade) da comunicação, a pretensão de verdade do conteúdo, a pretensão de correção (de justiça) do conteúdo normativo e pretensão de sinceridade e autenticidade relativas ao mundo subjetivo (SIEBENEICHLER, 1989, P. 97)”

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 1. p.213.

⁷ LYOTARD, Jean François. **A Condição Pós-Moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 5ª edição. São Paulo: Editora José Olympio. p. XVIII.

divulgação das atividades administrativas fomentando a participação do cidadão na tomada de decisões.

Ao referir-se sobre estas novas formas de interação entre Estado e sociedade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto acentua que:

A Era das Comunicações, produzindo a elevação dos índices de informação e de educação na sociedade, veio despertar-lhe a consciência sobre seus interesses, sobre seu poder e sobre a natureza de sua relação com o estado, levando-a a reclamar maior participação nas atividades por ele desenvolvidas.

Por isso, as pessoas não se conformam apenas em fazer a tradicional escolha subjetiva daqueles concidadãos que serão seus governantes e, gradualmente, demandam ser também ouvidas na tomada das decisões objetivas, que envolvam diretamente seus interesses individuais e metaindividuais específicos, notadamente aquelas a cargo da administração pública que se situa aos níveis mais próximos dos administrados.⁸

Nesse contexto de flexibilização da atuação do Estado, característico da realidade contemporânea, exige-se a ampliação dos canais adequados de participação política para acompanhar o aumento crescente das demandas sociais em busca da eficiência e legitimidade da atuação administrativa do Estado.

Tais evidências inserem-se na perspectiva pós moderna, sobretudo em relação à heterogeneidade e o pluralismo que influenciam diretamente a relação entre Estado e Sociedade.

Em relação à concepção pós-moderna a doutrina tem ressaltado que se trata de uma oposição ou crítica ao modernismo. Para David Harvey, “quanto ao sentido do termo, talvez só haja concordância em afirmar que o pós modernismo representa alguma espécie de reação ao modernismo ou afastamento dele.”⁹

Com efeito, pode-se relacionar a pós-modernidade com o declínio do projeto da modernidade e pelas mudanças ocorridas na organização do trabalho e tecnologia em que a vida econômica, política e cultural passa a ser influenciada por fatos que ocorrem em nível global.¹⁰

⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 12.

⁹ HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna. Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural**. São Paulo: Edições Loyola, São Paulo. Brasil. 1992. p. 19.

¹⁰ KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-industrial à Pós Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1997. p. 132.

A sociedade pós moderna associa tipicamente o local e o global. Os acontecimentos globais – a internacionalização da economia e da cultura – são refletidos para as sociedades nacionais, minando as estruturas nacionais e promovendo as locais. A etnicidade recebe um impulso renovado. Ocorre o ressurgimento do regionalismo e dos nacionalismos periféricos.¹¹

Estas características são reforçadas pela linguagem em que “todos têm o direito de falar por si mesmos, com sua própria voz, e de ter aceita essa voz como autêntica e legítima.”¹²

Desse modo, a teoria do agir comunicativo denota o reconhecimento da alteridade, tendo em vista que o processo dialógico pressupõe as figuras do emissor e do interlocutor que irão interagir socialmente na busca de um consenso.

Com efeito, a maior participação dos cidadãos nos espaços de discussões coletivas garante maior representatividade de seus interesses buscando procedimentos argumentativos que possibilitam, além do elemento cognitivo, o prático, o moral e o emancipatório.¹³

Nesse sentido, com o aumento das demandas sociais geram-se novas expectativas sobre a atuação da administração pública, a qual deverá buscar o desenvolvimento e a estabilidade com a observância da participação popular.

Em relação à participação popular como forma de legitimação da atuação do Estado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que “está-se diante de um poderosíssimo fator de mudança diretamente influente sobre a legitimidade das decisões políticas denotando uma retomada da ação e da responsabilidade da sociedade na condução desses processos, não obstante ter ficado deles durante tanto tempo afastada”.¹⁴

Buscam-se, então, novos meios de legitimação da atuação do Estado através da relativização de suas estruturas visando implementar novas formas de participação popular na determinação das tarefas e objetivos da administração pública.

¹¹ KUMAR, Krishan. **Da sociedade Pós-Industrial à Pós Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1997. P. 133

¹² HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna. Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural**. São Paulo: Edições Loyola, São Paulo. Brasil. 1992. p. 52.

¹³ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2006. p. 105.

¹⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.13.

A ênfase centraliza-se na atuação dos cidadãos que aumentam o seu poder de fiscalizar os atos do poder público através de diversificados meios de participação como reclamações, representações, audiências e consultas públicas que conferem maior eficiência e legitimidade para a atuação estatal.

1.3 – A pós-modernidade e a legitimação da atuação administrativa do Estado.

A pós-modernidade como oposição ao projeto da modernidade está centralizada sobre a própria natureza da sociedade e sua realidade objetiva, enfoca a complexidade das relações sociais, a explosão de informações e as sociedades multiétnicas, cujas origens são encontradas nas mudanças sociais e culturais das décadas de 1950 e 1960.¹⁵

Sobre o assunto, Krishan Kumar salienta que:

A maioria dos teóricos afirma que as sociedades contemporâneas demonstram um novo ou reforçado grau de fragmentação, pluralismo e individualismo. Isso se relacionaria em parte com as mudanças ocorridas na organização do trabalho e na tecnologia, destacadas pelos teóricos pós-fordistas. Pode ser associado também no declínio da nação estado e das culturas nacionais dominantes. A vida política, econômica e cultural é agora muito influenciada por fatos que ocorrem no nível global.¹⁶

Nesse sentido, a importância do estudo da pós-modernidade deriva de toda uma reflexão sobre temas que constituem a base da compreensão de nossa sociedade contemporânea.

Com efeito, as perspectivas relacionadas à pós-modernidade caracterizam-se pela busca da justiça social e a redução das desigualdades sociais através da participação popular e da atuação das estruturas administrativas do Estado.

Assim, a legitimidade da atuação governamental estaria relacionada à compatibilidade com o conjunto de valores da sociedade, em que seria legítimo o

¹⁵ KUMAR, Krishan. **Da sociedade Pós-Industrial à Pós Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1997. p. 128.

¹⁶ Ibidem. p. 132.

governo eficiente capaz de alcançar os objetivos traçados com o consenso dos cidadãos.¹⁷

A atuação estatal deve buscar políticas públicas diretamente relacionadas aos interesses do maior número de pessoas, objetivando conciliar a democracia com o progresso social e econômico.¹⁸

Dessa forma, a atuação da administração pública assume novas formas de legitimação na medida em que garante maior representatividade aos cidadãos potencializando os meios de controle da atuação estatal. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz que “os controles sociais sobre a administração pública, sempre que abertos através de instrumentos participativos, ganham popularidade, passam a ser empenhadamente exercitados, sendo, em geral, bastante eficientes, pois multiplicam o número de fiscais sem ônus para os contribuintes e têm ponderável efeito pedagógico”¹⁹.

Portanto, partindo dessas manifestações sobre as transformações na sociedade que implicam na busca de novas formas de legitimação da atuação do Estado, parece relevante buscar a compreensão das linhas históricas fundamentais em que estão caracterizadas as referências estruturais relativas às formas de organização da atuação administrativa do Estado.

2 – A evolução da atividade regulatória do Estado

2.1 – Do liberalismo e sua expansão nos séculos XVIII e XIX

A adoção de um modelo de Estado em um período da história reflete determinada forma de concepção da organização administrativa do Estado. Odete Medauar salienta que “da concepção do Estado decorrem conseqüências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa”.²⁰

¹⁷ SILVA, Fernando Quadros da. **A Independência das Agências Reguladoras e o Princípio do Estado Democrático de Direito**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Ano 2001. p. 25.

¹⁸ Ibidem. p. 26.

¹⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 25.

²⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 77.

Com efeito, através da conformação histórica é que se poderá compreender as origens e a evolução de uma determinada instituição jurídica. Afinal, o retorno ao passado é uma verdadeira necessidade quando se pretende compreender a complexidade e multiplicidade das sociedades atuais.²¹

Nessa perspectiva, cumpre analisarmos os principais momentos históricos que propiciam a compreensão do contexto relativo à evolução da atividade regulatória estatal.

Em relação ao Estado Liberal, a doutrina ressalta que suas origens estão relacionadas ao declínio do Estado Absolutista e a ascensão da burguesia, cuja atuação não se conformava com a estrutura patrimonialista e com as limitações que as corporações impunham.²²

Com o crescimento da atividade econômica da burguesia, a qual se firma como classe dominante, busca-se um sistema político capaz de garantir a proteção dos direitos individuais através de uma administração racional e eficiente sob o primado da lei, da separação dos poderes e da livre iniciativa.

Sobre as características do Estado Liberal Odete Medauar destaca que:

Existe, assim, unidade e centralização do poder, ao mesmo tempo em que o comando político se despersonaliza; o poder pessoal é substituído pelo poder estatal. Predomina a “policita” vertical, caracterizada pela autoridade e capacidade decisória soberana, separada e descendente. Com a fundamentação ‘política’ do poder os atributos novos do Estado – laicidade, finalidade e racionalidade – se fundem para conferir-lhe a imagem de única e unitária estrutura organizacional formal da vida associada, de verdadeiro aparato da gestão do poder. Assim, estrutura-se como grande organização formal e complexa, acionada de um centro para realizar multiplicidade de funções.²³

Desse modo, o Estado Liberal consagra os direitos, liberdades e garantias dos indivíduos reduzindo sua intervenção direta nas relações privadas com atuação intermitente e eventual para assegurar a segurança coletiva.

Sob o aspecto econômico, o Estado Liberal foi concebido para favorecer a classe burguesa assegurando a propriedade e os instrumentos responsáveis pela sua

²¹ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 19.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 46.

²³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 p. 79.

aquisição, bem como impedindo qualquer forma de restrição pela Administração Pública para permitir a segurança do mercado.

Restringe-se a intervenção do Estado na economia em benefício do mercado para garantir o exercício da livre iniciativa com a retirada de estruturas limitativas da liberdade econômica. Desse modo, “as restrições às liberdades individuais eram concebidas como invasões de um território protegido e sagrado, manifestando-se o Estado Liberal burguês, ao menos em termos ideais e teóricos, como um Estado essencialmente mínimo”.²⁴

Sob o aspecto social, apesar do reconhecimento de importantes direitos e garantias individuais, a política da interferência mínima do Estado no âmbito da vida social acabou por afastar a participação da sociedade nas suas estruturas administrativas. Entendia-se que o mais importante para o funcionamento da sociedade era o fortalecimento da autonomia das pessoas em detrimento da interferência do Estado em importantes setores de interesse da coletividade.

Nessa perspectiva, não era possível encontrar interesses comuns compartilhados coletivamente o que afastava a noção de justiça social, na medida em que se separava o Estado da Sociedade para conservá-la como esfera inviolável de iniciativas privatistas restando à toda sociedade apenas os direitos individuais negativos.²⁵

Desse modo, ainda que possamos destacar alguns elementos positivos do Estado Liberal como a valorização dos direitos e garantias individuais, a liberdade contratual, o desenvolvimento técnico e científico, também podemos delimitar uma série de problemas desse modelo de Estado no domínio econômico e social.

Dentre as principais críticas apontadas pela doutrina, podemos mencionar: a contradição de um Estado com força coercitiva, mas que não dirige o mercado e a sociedade civil²⁶; as estruturas de dominação da classe burguesa sobre toda a sociedade; a exclusão social em razão do direito de voto aos possuidores de bens; a inexistência de fins comuns que possam delimitar a noção de justiça social; a

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 49.

²⁵ Ibidem. p. 50.

²⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 82.

valorização do comportamento egoísta em detrimento das manifestações coletivas e a exploração da força de trabalho durante a Revolução Industrial.

Ressalte-se, ainda, que em face da forte concepção individualista o Estado tornou-se incapaz de garantir os direitos das classes desfavorecidas, o que implicou no aumento das injustiças sociais.

Nesse sentido, Alexandre de Santos Aragão destaca que:

As suas atividades, ao contrário das desempenhadas no Estado democrático que lhe sucedeu, não tinham qualquer escopo maior, eram desprovidas de qualquer idéia de justiça distributiva, de planejamento de políticas públicas, de direção e/ou coordenação do conjunto das forças estatais e sociais na senda de determinados objetivos (...) (...) No Estado burguês, a motivação das atuações públicas era dar aos governantes os fundos necessários para que alcançassem os fins particulares seus e/ou da classe burguesa governante (única eleitora); não havia um fim estatal típico e permanente voltado para a sociedade como um todo.²⁷

Com a deflagração desses problemas do modelo de Estado Liberal, já no início do sec. XIX podem ser identificadas algumas transformações na organização da administração pública que se acentuaram no século XX.²⁸ Do mesmo modo, em razão das necessidades infra-estruturais, o Estado passa a desempenhar interferências diretas nas atividades econômicas, o que demanda uma nova organização das estruturas de atuação do Estado.

Dentre os fatores que contribuíram para essas transformações podemos citar: a necessidade de corrigir as desigualdades sociais, a extensão do sufrágio que passou a ser universal²⁹, a eclosão dos sindicatos e movimentos sociais, a crise econômica de 1929 e a 1ª e 2ª Guerras Mundiais, que exigiram uma reorientação da atuação administrativa do Estado para assegurar o desenvolvimento e a estabilidade almejada.

Desse modo, com o aumento do grau de complexidade das relações entre Estado e Sociedade, o modelo liberal passa a enfrentar uma série de crises no domínio econômico e social que passam a exigir maior controle da atuação administrativa do Estado nos setores de interesse público.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.53.

²⁸ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 83.

²⁹ Idem.

Com o predomínio da concepção individualista burguesa, o Estado não conseguia atender as classes desfavorecidas causando graves injustiças sociais. É nesse contexto que a partir da segunda metade do sec. XIX eclodem os movimentos revolucionários³⁰, sobretudo do proletariado, para acabar com os privilégios da burguesia conservadora buscando corrigir as desigualdades sociais.

Portanto, com o colapso do Estado Liberal, que não atende mais as necessidades sociais e econômicas, desponta um Estado intervencionista identificado pela atuação do Estado na execução direta das atividades econômicas e sociais para prover as necessidades coletivas.

2.2 O Estado Intervencionista da segunda metade do século XX

Diante da deflagração de transformações na estrutura da sociedade, surge uma nova concepção de Estado baseada na intervenção direta no âmbito das relações econômicas e sociais para a garantia da estabilidade e do desenvolvimento.

Para esse novo paradigma de atuação do Estado a doutrina atribui uma série de denominações, dentre as quais destacam-se: Estado intervencionista, Estado do bem-estar, Estado assistencial, Estado social, Estado do *Welfare State*, Estado protetor, Estado de prestações, Estado promocional³¹, entre outras, as quais buscam identificar as principais características deste modelo.

A inserção do Estado intervencionista está diretamente relacionada com a redução das desigualdades sociais e econômicas, que se acentuaram com a crise do Estado Liberal, exigindo um papel promocional e interventor do Estado como meio de assegurar o bem-estar social.

Desse modo, busca-se a intervenção do Estado para assegurar aos indivíduos a proteção e garantia dos seus direitos evitando os privilégios de classes. No âmbito econômico, visa o estímulo à concorrência para o alcance da competitividade e

³⁰ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. **Arqueologia de uma distinção: o Público e o Privado na experiência histórica do Direito**. In: O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor. Org. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 38/39.

³¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 85.

produtividade, traduzindo-se em uma gestão econômica intervencionista para regular o mercado.

Percebe-se, então, que o Estado passou a atuar nos setores que antes eram reservados à iniciativa privada, estatizando empresas com o fim de assegurar melhorias na prestação de serviços de interesse público.

É importante ressaltar que este modelo de Estado afasta a idéia de que a intervenção é prejudicial à sociedade e ao mercado, adotando a perspectiva da necessidade de ampliar a intervenção do Estado para assegurar os direitos econômicos e sociais.

Um dos principais efeitos desse modo de intervenção direta do Estado é a abertura para a participação de todas as classes no processo político. Tal fato, aumenta o número de demandas sociais a partir da manifestação de múltiplos interesses, cabendo ao Estado promover a justiça social e o bem-estar de todos.

Desse modo, há uma ampliação da atuação do Estado para uma política social generalizada apta ao atendimento das necessidades da população, com a garantia dos direitos e a correção das desigualdades econômico-sociais.

Para acompanhar essas transformações, as constituições do período intervencionista passam a assumir um papel mais protetivo com a inclusão de conteúdos sócio-econômicos. Tais constituições são caracterizadas como Constituições Dirigentes, na medida em que passa a definir competências e regular processos atuando como o estatuto político dos Estados.³²

Nessa perspectiva, o Estado ao atuar como agente interventor busca impedir as desigualdades possibilitando que todos os indivíduos tenham iguais condições e oportunidades ao assegurar direitos econômicos e sociais. Contudo, esse modo de atuar não implica na simples intervenção estatal, pois o Estado também deve assegurar espaços livres de intervenção para atender os interesses da sociedade.

Sobre o assunto, Alexandre Santos de Aragão destaca que “a plena liberdade empresarial e a auto-regulação privada da economia são admissíveis, mas com

³² CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23.

parcimônia, devendo-se criteriosamente aferir se são melhores para a sociedade do que a regulação estatal.”³³

Por outro lado, acentua-se a importância do Estado interventor na medida em que todos os indivíduos estão fortemente dependentes de serviços como saúde, transportes e telecomunicações, os quais passaram a ser distribuídos quase que exclusivamente pelo Estado.

No campo político, este modelo de Estado pode ser caracterizado pela perda do monopólio da autoridade estatal, a partir da manifestação de múltiplos poderes sociais. O Estado concentra-se como ente político administrativo assumindo um papel promocional na garantia dos direitos sócio-econômicos.

Dentre os principais modelos de atuação política desta época destaca-se o *New Deal* norte americano, o qual se baseia na elaboração doutrinária de vários economistas para a recuperação da economia em recessão. Tal política, adotada inicialmente nos Estados Unidos, se irradiou para os demais países que assumiram postura tutelar e intervencionista visando a justa distribuição dos recursos e a democratização política.³⁴

Contudo, embora o aumento da intervenção do Estado tenha em certo aspecto assegurado a recuperação das economias, afastando as crises do Estado Liberal, em razão do enorme crescimento do aparato estatal e o aumento significativo das demandas sociais esse modelo de atuação do Estado entra em colapso, pois torna-se incapaz de executar com eficiência as suas múltiplas competências.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 62.

³⁴ VALENTE, Adriano Chaves. **Estado e Direito Anotações sobre Liberdade e Tutela**. In: O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, As Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2003. p. 94.

“Nos Estados Unidos, que irradiaram sua crise aos demais países capitalistas, a solução para a Grande Depressão foi a implementação do *New Deal*, plano elaborado por um grupo de renomados economistas – o Brain Trust -, que se baseava nas teorias de John Maynard Keynes (1884 - 1946). A política *keynesiana* da busca do pleno emprego para estimular as economias em recessão, essencialmente tutelar e intervencionista, adotada primeiramente nos Estados Unidos e depois em diversos outros países, foi completada com a instalação de modernos sistemas previdenciários, que serviram de base para as políticas de bem estar social desenvolvida nesses países”. p. 94 (VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. Scipione 1997. p. 375).

O Estado Social começou a entrar em crise ao final do século XX, ao ver suas funções demasiadamente ampliadas e sua dificuldade de gerenciar todos os setores econômicos que abarcava. A exemplo do Antigo Estado Social, também o Estado Providência se viu questionado pela população descontente com a tutela que lhe parecia ser devida, agora ineficiente. Além disso, o elevado número de empresas sob o controle do Estado, juntamente com essa dilatação de sua esfera de ação, desagradava profundamente os grandes conglomerados capitalistas, ávidos por uma maior liberdade de atuação, tanto no interior de seu Estado, quanto nos demais países, nas fases do capitalismo denominadas de capitalismo financeiro e capitalismo monopolista.³⁵

Desse modo, com o aumento significativo das despesas e a redução de receitas o Estado se viu incapaz de prestar assistência necessária para a redução das desigualdades sociais, o que gerou a ineficiência dos serviços públicos e a redução dos investimentos no mercado e infra-estrutura.

Ressalte-se ainda a forte crise fiscal caracterizada pela freqüente captação de recursos que causou um aumento significativo da dívida interna e externa.

Tais circunstâncias ensejaram um novo planejamento de Estado com a redução de sua atuação em busca de maior eficiência através da regulação da atividade econômica como imperativo de garantir políticas públicas para o bem estar social.

Busca-se uma atuação estatal estratégica e menos onerosa para evitar que os benefícios e direitos sociais sejam reduzidos. Assim, não se questiona os fins sociais do estado intervencionista, mas sim o emprego de meios mais eficazes e menos dispendiosos para atender as mesmas finalidades.

2.3 – Do Estado Regulador

As transformações no modo de atuar do Estado com o declínio do modelo intervencionista no contexto de uma sociedade complexa e em constante mutação implicaram em uma nova estruturação da atividade regulatória estatal.

Com efeito, o agravamento da crise fiscal pela insolvência estatal, a redução dos investimentos, a incapacidade de garantir políticas públicas com eficiência e o

³⁵ VALENTE, Adriano Chaves. **Estado e Direito Anotações sobre Liberdade e Tutela**. In: O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, As Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2003. p. 96.

aumento das despesas em detrimento da arrecadação levaram à redução da intervenção do Estado em diversas atividades.

Parte-se de uma diminuição da intervenção do Estado em busca de eficiência na prestação dos serviços públicos através da transferência de atividades para a iniciativa privada, nas quais o Estado reserva as funções de controle e fiscalização.

Para Odete Medauar:

A quebra de monopólios e exclusividades, a transferência de atividades do setor estatal para o setor privado, a flexibilização de normas incidentes sobre atividades econômicas não vão acarretar necessariamente a ausência do Estado nessas atividades. Tratando-se de serviços públicos que passam a ser desempenhados por particulares, o Estado jamais se desliga. No caso de atividades econômicas, o Estado há de ter ascendência, sobretudo nos setores sensíveis, que trazem impacto mais imediato e profundo na vida da sociedade.³⁶

Nesse contexto, a desregulamentação, privatização e liberalização que se acentuaram no final do século XX³⁷ demonstram a adoção pelo Estado de um papel normativo e regulador das atividades econômicas para superar a crise financeira e de ineficiência na prestação dos serviços públicos.

Contudo, a tendência de redução da intervenção do Estado no campo social e econômico não indica um retorno ao liberalismo clássico, pois ao longo dos anos o Estado assumiu o desempenho de uma série de atividades relacionadas à prestação das necessidades básicas da população e deve manter o controle no atendimento desses direitos e garantias.

Como aponta Eros Grau, com o aumento das funções do Estado tornam-se necessários novos instrumentos e mecanismos mais aptos a condicionar e direcionar o exercício de suas atividades.³⁸

Desse modo, para assegurar o bom funcionamento da atividade reguladora o Estado altera a sua forma de intervenção buscando adequar a atuação privada na consecução das atividades públicas.

³⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 253.

³⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**/Uma evaluación de las tendencias Del Derecho administrativo/Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 161.

³⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 95.

Essas novas características das relações entre Estado e Sociedade para o atendimento dos interesses públicos foram identificadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Desde logo, a administração pública do Estado Pluriclasse, até mesmo em razão da própria existência de múltiplos interesses representados, deve ser imparcial, abstendo-se de inclinações e favorecimentos. (...) (...)Em segundo lugar, a administração pública deve abrir cada vez mais espaço à participação do administrado (...) (...)Em terceiro lugar, é necessário que ação administrativa do Estado não se limite em ser apenas eficaz, ou seja, apta a produzir os resultados esperados, mas seja também eficiente, buscando alcançá-los em melhor nível de qualidade e com o mínimo de dispêndio de recursos públicos. Finalmente, dever-se-á dar preferência às atividades concertadas consensualmente sobre as atividades que demandem a aplicação da coerção (...).³⁹

Tais aspectos revelam os mecanismos de regulação da contemporaneidade, nos quais o Estado reduz sua intervenção direta na economia para controlar a atuação da iniciativa privada sempre tendo em vista a satisfação do interesse público.

Para tanto, a administração pública deve contar com métodos de legitimação popular para que todos possam acompanhar e participar na implementação das atividades regulatórias. Tal medida propicia uma nova compreensão sobre a noção de bem comum e aumenta a preocupação de todos com a qualidade e eficiência dos serviços prestados.

Ressalte-se que todos estes mecanismos de regulação resultam de um processo histórico articulado por um conjunto de características que se consolidaram ao longo dos anos, sobretudo em razão da ineficiência das políticas públicas e a insolvência governamental.

Nesse sentido, diante do dinamismo da realidade social e econômica com o processo de globalização e a modernização tecnológica, atribui-se à iniciativa privada a prestação de importantes serviços públicos e o Estado assume a posição de agente normativo e regulador. Como acentua Odete Medauar citando Cassagne:

³⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 123/124.

Mediante a regulação, se comprime o âmbito da liberdade econômica mediante a fixação de limites ao seu exercício e imposição de obrigações e encargos, com a finalidade de harmonizar os direitos dos prestadores dos serviços públicos (e demais atividades privadas de interesse público que o direito administrativo capta) com os interesses da comunidade (entre os quais se insere a proteção dos usuários) (...). Na atualidade se vem sustentando que a regulação tem um novo sentido, com as funções, entre outras, de estimular a proteger a livre concorrência em benefício dos consumidores.⁴⁰

Com efeito, as alterações que se implementaram na reorganização dos serviços públicos estão acompanhadas do aumento das estruturas de controle e fiscalização para adequar a correta atuação dos agentes privados no atendimento do interesse público.

Desse modo, a atuação do Estado se concentraria na elaboração de normas, atribuição de funções, controle dos gastos e lucros, eliminação da competição, fiscalização e controle da atuação dos agentes privados, mediação de conflitos (consultas e audiências públicas) e imposição de sanções.⁴¹

Além disso, cumpre ao Estado também garantir a prestação de serviços indispensáveis e que estariam além da atuação da iniciativa privada, como os serviços de educação e de seguridade social, cuja importância para o atendimento da população impede que sejam suscetíveis de competição no mercado.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a eficácia satisfatória dessas funções necessita de uma estrutura regulatória capaz de compatibilizar a atuação da máquina estatal com a dificuldade de especialização técnica e científica para o atendimento dos setores regulados. Tais dificuldades seriam superadas pela descentralização das atividades estatais através de organismos altamente especializados e com relativa independência para determinação das regras de controle dos setores regulados.⁴²

É nesse contexto de redução da participação direta do Estado na economia com a finalidade de controlar a atuação da iniciativa privada que surgem as agências reguladoras para acompanhar, fiscalizar e orientar os agentes privados na prestação dos bens e serviços públicos.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 255, apud CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**, 2ª Ed. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot. 1994, p. 166/167.

⁴¹ Ibidem. p. 257.

⁴² GONÇALVES, Fernando José. **As Autoridades Regulatórias Brasileiras e seus Relacionamentos com as Demais Entidades do Poder Público**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008. p. 9.

Assim, através da compreensão das profundas modificações no modo de ser e atuar do Estado podemos entender a evolução da regulação estatal da economia, bem como as principais teorias que apresentam propostas de aperfeiçoamento dos mecanismos de regulação.

3. Regulação Econômica, Estado Regulador e Agências Reguladoras Independentes

3.1 – Noções preliminares sobre a regulação estatal

A conformação do Estado Regulador resultou em diversas teorias sobre os seus princípios e fundamentos a partir da ordem política e econômica dos diversos países. Contudo, antes de avançar na análise das modalidades de regulação cumpre fixar algumas ponderações sobre o seu conceito.

A doutrina tem enfrentado alguma dificuldade em delimitar os mecanismos de regulação econômica, sobretudo pela sua semelhança com outros institutos como a regulamentação e a auto-regulação, o que implica na determinação das distinções entre os conceitos.

Porém, não podemos nos limitar à análise jurídica para compreensão de todos os elementos da realidade social que afetam a atuação regulatória do Estado. Como afirma Alexandre dos Santos Aragão:

A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de direcionar as atividades econômicas; e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico.⁴³

Sobre o conceito de regulação, inicialmente cumpre ressaltar o conceito que mais se aproxima do sentido exposto no presente estudo. Trata-se do conceito do autor português VITAL MOREIRA, o qual admitindo a polissemia do instituto delimita três definições: no sentido amplo, a regulação refere-se a toda e qualquer forma de

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 21.

intervenção do Estado na economia; no sentido menos amplo, a regulação abarcaria a coordenação e disciplina da atividade econômica dos agentes privados e não a participação estatal direta na economia; e, no sentido restrito, a regulação incidiria somente na atividade normativa sobre a atuação da atividade privada, independentemente do instrumento normativo utilizado.⁴⁴

Desse modo, podemos verificar que o conceito de regulação é multifacetário e, muito além da atuação normativa, também abrange todo tipo de intervenção do estado na economia como agente fomentador da atividade dos agentes privados.

Com efeito, o Estado também manifesta sua atuação no uso do poder de polícia e na função judicante para a organização da atividade econômica. Por isso, a compreensão da regulação envolve a integração de uma série de pressupostos relacionados à atuação do estado na ordenação dos setores econômicos ligados ao interesse público e, desse modo, também é importante mecanismo para o alcance dos objetivos econômicos e sociais.

Cite-se, nesse sentido, a afirmação de Floriano de Azevedo Marques Neto:

A atividade regulatória é espécie do gênero atividade administrativa. Mas trata-se de uma espécie bastante peculiar. Como já pude afirmar em outra oportunidade, é na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado. Portanto, o controle a ser exercido sobre essa atividade não poderá ser nem meramente reativo (como sói ocorrer com a Administração autoritária), nem meramente formal (devendo envolver também o controle de resultados).⁴⁵

Quanto à compreensão da noção de regulamentação é válido partir do conceito de regulamento, o qual, para Celso Antônio Bandeira de Mello, refere-se ao “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.”⁴⁶

⁴⁴ MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e administração pública**. Ed. Alamedina: Coimbra, 1997. p. 34.

⁴⁵ NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal**. In: **Temas de Direito Regulatório**. Coord. Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 202.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 343.

De outro lado, o instituto da auto-regulação deriva de entidades ou empresas privadas (regulamentos de empresa, decisões associativas e códigos de conduta) e refere-se a uma regulação pública não estatal, em que as próprias entidades assumem o papel de regulação de sua atividade, desde que não exorbitem as delegações do Poder Público.⁴⁷

Portanto, em face da multiplicidade e do dinamismo dos mecanismos de intervenção na atividade econômica a regulação estatal é um instituto de difícil delimitação, pois deve assumir uma configuração adequada aos modernos mecanismos de atuação do Estado, seja no campo administrativo ou normativo, para o atendimento das finalidades públicas.

3.2 Teorias da Regulação Econômica

A abordagem da atividade regulatória abrange diversas teorias que buscaram delimitar o controle e a normatização da atividade econômica pelo Estado. Desse modo, com a intenção de elucidar o presente estudo, passa-se à análise de quatro principais linhas de pensamento ligadas à Teoria do Interesse Público, Teoria da Falha Regulatória, Teoria da Regulação Econômica e Teoria da Organização Administrativa.

A mais antiga das linhas de pensamento é a Teoria do Interesse Público, cujos teóricos defendem que a regulação surge do conflito entre os agentes econômicos privados e o interesse público. Para eles, o Estado deve intervir na economia para limitar e controlar as atividades econômicas possibilitando o atingimento das finalidades públicas.⁴⁸

Tal linha de pensamento pode ser comparada com a Escola do Serviço Público, cujo principal expoente Duguit, acompanhado de outros como Jéze e Labaudere, defendiam o monopólio exclusivo do Estado para determinadas atividades. Tais diretrizes estariam fundamentadas nos princípios da supremacia e indisponibilidade do

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 30

⁴⁸ LOSS, Giovani R. **Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências**. In: O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Coord. Alexandre de Santos Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 147/148.

interesse público que impediriam a exploração de determinadas atividades pelos agentes privados.

As duas premissas básicas em que se fundam esta corrente de pensamento é a de que o mercado não poderia atuar sem a intervenção estatal e que a intervenção estatal na economia tem baixo custo. Contudo, os críticos da Teoria do Interesse Público sustentam que a regulação nem sempre está relacionada à atuação eficiente e com reduzido custo para o Estado.⁴⁹

Sobre o assunto Richard Posner destaca que:

Um pressuposto é que os mercados são extremamente frágeis e estão prontos para funcionar de maneira bastante ineficiente (ou não equitativa) se deixados à sua própria sorte; o outro é que a regulação governamental praticamente não tem custos. Partindo desses pressupostos, foi muito fácil argumentar que a principal intervenção estatal na economia – proteção de sindicatos, regulação de serviços públicos de infra-estrutura e de transporte público, poder estatal e programas de recuperação de solos, subsídios agrícolas, licenças ocupacionais, salário mínimo, e até tarifas de importação – são respostas simples do governo a demandas públicas pela retificação de palpáveis e remediáveis ineficiências e desigualdades no funcionamento do livre mercado.⁵⁰

A segunda escola é a da Teoria da Falha Regulatória que defende a idéia de que o desenvolvimento da regulação poderia levar a deturpação do interesse público em razão da tendência de favorecimento dos agentes privados. Desse modo, como na teoria da captura, as agências favoreceriam as indústrias reguladas em detrimento dos demais seguimentos.

Para Richard Posner, a teoria da captura parte da idéia de que “a regulação econômica não é de forma alguma sobre interesse público, mas é um processo pelo qual os grupos de interesse procuram promover seus interesses (privados), apresentando-se em várias formas distintas.”⁵¹

Tal proposta subverteria o propósito da regulação concorrencial, cuja principal finalidade está relacionada à contenção do abuso de poder econômico pelos agentes de

⁴⁹ LOSS, Giovani R. **Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências**. In: O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Coord. Alexandre de Santos Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 149.

⁵⁰ MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Coord. Paulo Mattos. Organizadores: Mariana Mota Prado, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Diogo R. Coutinho e Rafael Oliva. São Paulo: Ed. 34. 2004. p. 50/51.

⁵¹ Ibidem. p. 56.

mercado, a exemplo da estipulação de preços exorbitantes e a limitação de acesso aos concorrentes para a concentração da participação no mercado.⁵²

De outro lado, a teoria econômica da regulação teria sido introduzida por George Stigler no artigo “*The theory of economic regulation*”, em que propõe que a regulação seja analisada como uma *commodity* estando sujeita às demandas dos grupos de interesse e à oferta dos reguladores.⁵³

Para George Stigler:

O Estado – a máquina e o poder do Estado – é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda atividade econômica na sociedade. Com seu poder de proibir ou compelir, de tomar ou dar dinheiro, o Estado pode (e efetivamente o faz) ajudar ou prejudicar, seletivamente, um vasto número de indústrias. Assim, ao passo que a indústria petrolífera, um verdadeiro peso-pesado da política, é um imenso consumidor de benesses políticas, agentes de seguro marítimo recebem parcelas mais modestas de benefícios. As tarefas centrais da teoria da regulação econômica são justificar quem receberá os benefícios ou quem arcará com o ônus da regulação, qual forma a regulação tomará e quais os efeitos sobre a alocação de recursos.⁵⁴

Todas estas teorias estrangeiras oferecem fundamentos e limites aplicáveis ao entendimento do tema da regulação, sobretudo em relação às medidas de cunho político e econômico que encontram seus fundamentos nos dispositivos constitucionais e legais.

3.3 Mecanismos de exercício da atividade regulatória

O exercício da atividade regulatória pode ocorrer de diversas formas que apresentam diferentes mecanismos de intervenção do Estado nas atividades econômicas para o alcance das finalidades públicas.

Com efeito, o Estado dispõe de diversos instrumentos regulatórios que se apresentam diante das demandas postas e podem variar, desde instrumentos

⁵² GONÇALVES, Fernando José. **As Autoridades Regulatórias Brasileiras e seus Relacionamentos com as Demais Entidades do Poder Público**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008. p. 17.

⁵³ LOSS, Giovani R. **Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências**. In: O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Coord. Alexandre de Santos Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 154.

⁵⁴ MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Coord. Paulo Mattos. Organizadores: Mariana Mota Prado, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Diogo R. Coutinho e Rafael Oliva. São Paulo: Ed. 34. 2004. p. 23.

normativos ou sancionatórios, até instrumentos que privilegiem a comunicação com os agentes privados.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a atividade regulatória deve estar submetida a mecanismos de controle que não deverão ser meramente formais e devem contar com a interlocução do administrado através do controle social da atividade regulatória.

Como afirma Fernando Quadros da Silva:

O pressuposto de um Estado democrático deve influir também na Administração Pública, pois os princípios que asseguram a democracia não podem se limitar à regência da atividade legislativa e da atividade jurisdicional, devendo também informar a função administrativa. A ênfase deve ser feita no conceito de cidadão por se mais ampla e representar o verdadeiro titular do poder exercido pelo Estado. (...) Uma nova postura da Administração, mais democrática, daria lugar à preocupação com a legitimação pela forma de atuar, que permitisse a participação do cidadão, além da tradicional legitimação pela origem, muitas vezes associada a uma democracia apenas formal.⁵⁵

Com efeito, o estado deve analisar o contexto econômico para definir o que será regulado a partir das circunstâncias e possibilidades de atuação, a fim de obter resultados eficientes e que atendam as finalidades típicas de um Estado democrático de direito.

Cumpre ressaltar, que a regulação no âmbito setorial leva a necessidade de coordenação no âmbito de setores específicos do Estado através da elaboração de princípios e normas adequadas para garantir a estrutura e funcionamento de determinado setor.

Essas peculiaridades derivam da complexidade das atividades econômicas e do nível de especialização técnica dos diversos setores que impõem a necessidade de coordenação de sua atuação.

Como acentua Alexandre Santos de Aragão citando Charles Albert Morand:

⁵⁵ SILVA, Fernando Quadros da. **A independência das Agências Reguladoras e o Princípio do Estado Democrático de Direito**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Ano 2001. p. 50.

Estamos diante do que muitos qualificam como uma regulação estruturada em redes normativas fluidas e pouco hierarquizadas: a idéia de regulação surge em um campo jurídico em forma de rede, que permite delicadas operações de equilíbrio entre fontes de poder ao mesmo tempo complementares e concorrentes, que provocam interferências jurídicas em distintos subsistemas sociais (econômica, educação, ciência, etc.), levando à elaboração de princípios, regras e instituições mais adequadas ao seu modo de operar.⁵⁶

Desse modo, podemos verificar que a atividade regulatória do Estado se dá através de diversos mecanismos de natureza normativa, sancionatória ou judicante que são aplicados de acordo com os parâmetros de atuação do Estado em busca do atendimento das finalidades públicas. Assim, o Estado não tem o papel apenas de limitar a conduta dos agentes privados, mas também de conformar a atuação de toda a sociedade na realização das finalidades públicas.

Como menciona Floriano de Azevedo Marques Neto:

A Administração Pública pode e deve ser entendida e analisada em função do administrado. É para garantir seu bem-estar e assegurar-lhe os padrões de sociabilidade previstos na constituição que em torno dela se enfeixam poderes e prerrogativas, os quais acabam por restringir direitos individuais em nome do benefício coletivo.⁵⁷

Nesse sentido, cabe destacar a necessária legitimidade do exercício da atividade regulatória que deve ser determinada pelo atendimento das finalidades públicas, ainda que para consecução de seus objetivos e atendimento de suas finalidades a Administração limite direitos e liberdades.

Do mesmo modo, a atuação será mais legítima quando possibilite espaços e meios adequados de discussão por toda a coletividade, a exemplo das audiências e consultas prévias à edição dos atos normativos.

Nas lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 105.

⁵⁷ NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal**. In: **Temas de Direito Regulatório**. Coord. Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 202.

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos.⁵⁸

Contudo, não devemos confiar somente na participação e na consensualidade para resolver todos os problemas de uma sociedade tão complexa e dinâmica, vez que também há outras estruturas mais eficientes nas leis e regramentos que possibilitam o alcance das finalidades públicas.

Portanto, a legitimidade do exercício da atividade regulatória pelo Estado está vinculada aos fins públicos almejados e à participação de todos os administrados nos processos decisórios, tendo em vista que a atividade administrativa é sempre executada para o atendimento de modo razoável e eficiente das finalidades coletivas a que se destina.

3.4 Aspectos da Regulação Estatal no Direito Brasileiro

Os instrumentos de regulação do Estado se caracterizam pela sucessão ao longo da história político-econômica em que novos mecanismos de intervenção são criados para se adaptar ao contexto em que se inserem. Nesse sentido, tratando especificamente do tema da regulação no Direito Brasileiro podemos identificar que diversos instrumentos regulatórios foram desenvolvidos para se adaptar à ordem econômica inscrita em nossa Constituição.

⁵⁸NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.41.

“Em suma, a consensualidade, posta como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex: o poder de polícia). A partir desses dados, pode-se estabelecer uma tipologia da consensualidade em referencia às funções fundamentais do Estado. *Primo*, a consensualidade na produção das normas, como o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a regulática. *Secundo*, a consensualidade na administração dos interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. *Tertio*, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição”.

Com efeito, ainda que a Constituição não apresente um regramento específico para as atividades econômicas, concedendo um amplo espectro de adequação à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, podemos perceber que em alguns casos delimita o mecanismo regulatório a ser utilizado.

Conforme menciona Alexandre Santos de Aragão ao se referir sobre a intervenção do estado na economia:

Ao contrário do que ocorre em outros direitos positivos, a nossa Constituição estabelece uma nítida distinção entre serviço público e atividade econômica. Na verdade, contudo, não podemos torcer a realidade a ponto de sustentar que os serviços públicos não sejam atividades econômicas – atividades econômicas qualificadas como serviços públicos –, qualificação esta que visa permitir a prestação direta pelo Estado ou uma forte regulação e ingerência estatal na atividade quando gerida por particulares delegatários. O serviço público revela-se, então, como uma das mais intensas formas de intervenção do Estado na economia.⁵⁹

Porém, cumpre ressaltar que qualquer forma de regulação que busque delimitar toda a abrangência da atividade regulada, desconsiderando as suas peculiaridades, não conseguirá obter os efeitos pretendidos, sobretudo porque há todo um conjunto de externalidades sociais, econômicas e políticas relativas aos setores regulados que devem ser observadas.⁶⁰

Desse modo, devem ser analisadas as características específicas do setor regulado, bem como as possibilidades de estabelecer ou não a regulação em razão da prevalência do interesse público. É nesse sentido, que na Constituição estão delimitados os princípios, fundamentos e limites norteadores da atividade regulatória estatal.

Com efeito, as normas e regulamentos não podem ser contrários aos fundamentos estabelecidos na Constituição sob pena de serem considerados inconstitucionais. Assim, o art. 174 da Constituição Federal dispõe que cumpre ao Estado exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 121.

⁶⁰ LOSS, Giovani R. **Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências**. In: O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Coord. Alexandre de Santos Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 159.

Além disso, a Constituição prevê em seu art. 175 que a prestação de serviços públicos direta ou indiretamente será através de concessões, permissões ou autorizações, bem como em seu art. 21 dispõe sobre a prestação de serviços pela União nos incisos X (serviço postal e correio aéreo nacional), XI (serviços de telecomunicações) e XII (serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, serviços e instalações de energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial, infraestrutura portuária, transporte ferroviário, transporte aquaviário, transporte rodoviário e portos marítimos).

Todos estes dispositivos revelam que a regulação além de assegurar as condições para o exercício de atividades econômicas, também está ligada à busca da satisfação do interesse público.

Por outro lado, em relação aos princípios da atividade regulatória poderíamos citar o art. 37 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), art. 170 (princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte) e art. 173 (exploração de atividade econômica direta pelo Estado quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo)⁶¹, os quais impõem a apreciação dos valores que norteiam a sujeição das atividades econômicas ao texto constitucional.

Nesse sentido, cumpre destacar que a aplicação dos princípios depende das características de cada uma das situações concretas, bem como devem ser ponderados a partir da proporcionalidade e razoabilidade que deve pautar a atuação da administração pública, sobretudo porque a regulação deve ser adequada ao atendimento das finalidades públicas.

⁶¹ Importa notar que a Constituição Federal busca, ao tratar da ordem econômica, o equilíbrio entre a intervenção estatal distributiva e a livre iniciativa. Conforme ressaltado por Floriano Marques, verifica-se entre os fundamentos da ordem econômica, constantes do caput do art. 170, a livre iniciativa, de um lado, e, de outro, os objetivos da valorização do trabalho humano, da existência digna e da justiça social. Assim como, entre os princípios do art. 170, estão presentes aqueles voltados à liberdade econômica, como o da propriedade privada e o da livre concorrência, e também outros que ligados à intervenção estatal de caráter distributivo, tais como o da redução das desigualdades regionais e sociais ou o da busca do pleno emprego. (NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. Revista de Direito Público da Economia, nº1, p. 74/75, jan/mar 2003. Apud LOSS, Giovanni R. **Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências**. In: O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Coord. Alexandre de Santos Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 164)

Sobre a aplicação dos elementos da proporcionalidade Alexandre de Santos Aragão destaca três aspectos:

a) a restrição à liberdade do mercado deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos – elemento adequação dos meios aos fins. (...) (...) b) o Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado – elemento necessidade (...) e c) a restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que aquela seja o meio menos gravoso, deve, em uma relação decreto legislação racional tendo em vista a finalidade pública almejada, ‘valer a pena’ - proporcionalidade em sentido estrito.⁶²

Na análise realizada sobre os modos de intervenção do Estado no domínio econômico, verifica-se que o Estado pode atuar normativamente nos termos do art. 174 da Constituição da República, o qual dispõe que cabe ao Estado o papel normativo e regulador das atividades econômicas. Também pode atuar incentivando a iniciativa privada através do oferecimento de incentivos fiscais, linhas de financiamento e elevação ou redução de impostos⁶³ para o fomento da atividade econômica.

Do mesmo modo, pode exercer funções de fiscalização da atuação dos agentes regulados para verificar a adequação da conduta ao alcance das finalidades públicas, bem como através da aplicação de medidas coercitivas e sancionatórias para as atividades que exorbitem a competência regulatória.

Esse conjunto de fatores indica que o Estado não poderia apenas reservar aos agentes privados a gestão de determinadas atividades essenciais ao interesse público sem exercer o seu poder regulatório.

É nesse sentido que o art. 175 da Constituição Federal define a titularidade estatal sobre as atividades definidas como serviços públicos, estipulando que sejam prestadas pelo Poder Público ou através de empresas concessionárias e permissionárias que assumem a execução de serviços públicos de titularidade do Estado.

Por outro lado, conforme menciona Floriano de Azevedo Marques Neto, a atividade regulatória do Estado vem assumindo uma forma de intervenção mais ligada à mediação e consensualidade do que propriamente na imposição de comportamentos

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 130/131.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 167/168.

e condutas aos agentes privados. Valoriza-se a interatividade, a negociação e o diálogo com os setores regulados para o melhor alcance de suas finalidades.⁶⁴

Portanto, podemos perceber que a atividade regulatória no direito brasileiro é formada por um conjunto de múltiplos fatores que buscam adequar o exercício das atividades econômicas à satisfação dos interesses coletivos consagrados no texto constitucional, cabendo ao Estado promover proporcionalmente o estabelecimento de limites e restrições aos diversos setores da economia para o atendimento das finalidades coletivas.

CAPÍTULO II

AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES: LEGALIDADE, EFICIÊNCIA E FUNÇÃO REGULADORA

1 - A Reforma do Estado e o Surgimento das Agências Reguladoras Independentes

A redefinição das estruturas de atuação do Estado diante da adoção de um papel normativo e regulador das atividades econômicas para superar a crise financeira e a ineficiência na prestação dos serviços públicos conduziu ao advento das agências reguladoras independentes.

Com efeito, as alterações que se implementaram na reorganização dos serviços públicos estão acompanhadas do aumento das estruturas de controle e fiscalização para adequar a atuação privada na consecução das atividades públicas.

Desse modo, as agências reguladoras surgem no período de reestruturação da atuação do Estado em razão da especialização de determinados setores que exigem o aumento de sua autonomia para orientar o correto desenvolvimento de suas atividades,

⁶⁴ ‘Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico, faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o pressuposto da imposição da autoridade estatal dá lugar, na moderna regulação, ao pressuposto da mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.’. NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal**. In: Temas de Direito Regulatório. Coord. Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 216/217.

tendo em vista que as estruturas tradicionais não seriam capazes de oferecer os instrumentos técnicos necessários ao adequado desempenho das suas novas funções.

Sobre essa forma de atuação do Estado Vital Moreira discorre que:

Naturalmente, o crescimento das tarefas de regulação e de prestação do Estado implicam também em um alargamento da administração pública. Mas boa parte das novas tarefas administrativas foram assumidas por instâncias exteriores à administração direta do Estado. O aumento das tarefas administrativas, a descentralização e a fuga da administração direta, a proliferação de novos tipos de administração não departamental e não governamental, a participação das organizações sociais nas tarefas administrativas, tudo isso provocou a destruição da unidade primordial da administração. Em vez de uma administração pública temos hoje uma pluralidade de administrações.⁶⁵

Essas novas características de atuação do Estado relacionadas à elaboração de normas, atribuição de tarefas e gestão de recursos, estão acompanhadas do aumento das estruturas de controle e fiscalização da atuação dos agentes privados.

Para tanto, a descentralização administrativa com a previsão de organismos para orientar e disciplinar as atividades dos setores regulados superando o modelo tradicional e hierárquico da administração pública é essencial, sobretudo para acompanhar as alterações que se implementaram na reorganização dos serviços públicos.

Além disso, o eficiente exercício dessas funções depende de uma estrutura regulatória capaz de adequar o aparato estatal com o grau de especialização técnica e as características específicas de cada um dos setores regulados.

É nesse contexto de redução da participação direta do Estado na economia com a finalidade de controlar a atuação da iniciativa privada que surgem as agências reguladoras para acompanhar, fiscalizar e orientar os agentes privados na prestação dos bens e serviços públicos.

Desse modo, para garantir os instrumentos necessários ao exercício com eficiência de suas funções, reconheceu-se a necessidade de dotar os entes de algumas características essenciais como a capacidade de auto-administração e auto-gestão em

⁶⁵ MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora. 1997. p. 30/31.

face das estruturas centrais de governo.⁶⁶ Sobre o assunto, Alexandre Santos de Aragão menciona que:

Não há, portanto, antagonismo entre a autonomia de entidades e órgãos materialmente descentralizados com a unidade da Administração, muito pelo contrário: a Administração Pública contemporânea, para cumprir as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais a ela impostos, deve atuar, ao mesmo tempo, coordenada e descentralizadamente. Vemo-nos diante de um Direito Administrativo mais complexo e plural, que abandona a idéia de que uma atividade administrativa só é racional na medida em que estiver previamente prevista, detalhadamente normatizada e sujeita a uma linha hierárquica, que a substitui por técnicas de análise, gestão e responsabilidades estratégicas.⁶⁷

Esse conjunto de fatores revela que a descentralização e a fragmentação do poder do Estado foram essenciais para compatibilizar a sua atuação com a transferência da execução para o setor privado de determinados serviços públicos.

Ressalte-se que a relativa autonomia dos entes reguladores em face do poder político central possibilita a organização de uma estrutura funcional com poderes decisórios e regulamentares que não estão submetidos às influências políticas dos detentores temporários do poder político.

Tais fatores são reforçados pela estabilidade dos seus representantes, os quais detêm estabilidade no cargo por um mandato fixo, independência técnica decisional dos seus atos, independência normativa para o exercício de sua competência reguladora e relativa independência orçamentária e financeira, tendo em vista que contam com recursos próprios como as taxas de fiscalização recolhidas das entidades privadas.⁶⁸

Por outro lado, as agências também recebem competências regulatórias específicas para o exercício de funções normativas, administrativas ou de solução de conflitos entre os agentes regulados, as quais asseguram o exercício satisfatório de suas funções em face da coletividade.

É nesse contexto que se destaca a importância das agências reguladoras independentes na superação da organização administrativa formal e burocrática

⁶⁶ CARDOSO, André Guskow. **A Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras Independentes**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Ano 2004. p. 37.

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 211.

⁶⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 200.

subordinada ao controle do Poder Central, bem como na proposta de retirar da influência do poder político os setores sensíveis ao atendimento dos interesses públicos que devem assumir uma posição de neutralidade.

Nesse aspecto, Alexandre Santos de Aragão aponta que:

As primeiras agências reguladoras independentes criadas entre nós guardaram pertinência com a retração da intervenção estatal em vastos setores da vida econômica, que teve como reverso a consciência de que o Estado não poderia apenas deixar ao alvedrio empresarial a gestão de atividades de indubitável interesse público, que deveriam, portanto, ficar sob o seu poder regulatório. Procurou-se, todavia, fazer com que a regulação de tais atividades não ficasse sujeita à variação dos humores político-partidários, dotando-se as entidades dela incumbidas de uma especial autonomia em relação ao Poder Executivo central, autonomia esta cuja principal nota é a nomeação dos seus dirigentes por mandato determinado, durante o qual é vedada a exoneração *ad nutum*.⁶⁹

Buscou-se, então, dotar as agências reguladoras independentes de amplos poderes para o desempenho de atribuições de relevante interesse público que por sua natureza devem afastar as decisões de conteúdo político desnecessárias, como as interferências políticas na atribuição de cargos e a concessão de vantagens para determinados agentes privados em detrimento de outros.⁷⁰

Portanto, as agências reguladoras independentes refletem o advento de espaços administrativos autônomos para acompanhar as transformações de uma sociedade que exige a eficácia da regulação estatal, sobretudo através de estruturas mais ágeis e especializadas voltadas à satisfação de relevantes interesses públicos.

Assim, partindo dessas considerações relativas ao advento das agências reguladoras independentes, torna-se relevante buscar a compreensão das linhas históricas fundamentais em que estão caracterizadas as referências estruturais sobre a criação dessas entidades.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 218.

⁷⁰ CARDOSO, André Guskow. **A Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras Independentes**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Ano 2004. p. 41.

2 - Aspectos históricos do surgimento das agências reguladoras independentes no direito estrangeiro

A doutrina nacional e estrangeira apontam a inspiração das agências reguladoras no direito norte-americano com a criação, em 1887, da *Interstate Commerce Commission*, a qual tinha por funções fiscalizar e controlar o setor ferroviário, no conjunto de agências criadas no período de implantação do *New Deal* de Roosevelt que através da criação das agências pretendia uma atuação mais forte do Estado nos setores de relevante interesse público.⁷¹

A partir de então, ao longo do século XX, vários sistemas jurídicos adotaram o regime das agências reguladoras independentes com peculiaridades próprias que se adaptaram às necessidades políticas e econômicas dos países.

O Reino Unido é identificado como uma das origens da reforma administrativa que se acentuou na maioria dos países a partir da década de 90. O governo de Margaret Thatcher teve como fundamento a necessidade de redução da organização burocrática e dos custos do estado, bem como a manutenção na prestação dos serviços públicos. Sobre o assunto, Henrique Ribeiro Cardoso aponta que:

Buscou-se formas de garantir a eficácia do serviço público. Uma delas foi o processo de delegar responsabilidade a agências executivas, descentralizando serviços públicos. Em 1998, aproximadamente 65% dos servidores públicos britânicos trabalhavam em agências executivas. Tais agências, semelhantes às autarquias admitidas pelo direito brasileiro, possuem sistemas de gestão separados da administração centralizada, gozando de autonomia no que se refere à gestão de pessoal, pagamentos e negociações, trabalhando segundo termos firmados em contratos denominados de ‘documentos de referência’, em moldes semelhantes ao contrato de gestão brasileiro.⁷²

No modelo britânico as agências reguladoras independentes não se distinguem dos demais organismos administrativos em razão da amplitude de sua autonomia para o exercício de suas atribuições.

Como destaca Alexandre Santos de Aragão, a partir do século XIX, a cada edição de lei para tratar de determinado interesse público era criado um órgão para

⁷¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 260.

⁷² CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Coleção Direito Regulatório. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006. p. 50.

implementá-la.⁷³No governo Thatcher, a descentralização dos serviços gerou as *comissions* que tiveram a competência dividida entre os ministros de cada um dos setores regulados.

Desse modo, podemos perceber que a criação dos entes reguladores no sistema britânico, além de afastar a influência política nas decisões de relevante interesse público, buscou aperfeiçoar e manter as entidades já criadas para a manutenção da eficácia na prestação dos serviços públicos, servindo como importante fonte de inspiração para os modelos adotados em diversos países.

2.1 As agências reguladoras independentes no direito norte-americano

Na organização administrativa dos Estados Unidos da América destaca-se a ênfase numa política de eficiência na prestação de serviços públicos, sobretudo a partir da forte regulação estatal promovida pelo *New Deal*.

Sobre o conjunto de medidas adotadas pelo governo dos Estados Unidos da América a partir da década de 80, Henrique Ribeiro Cardoso menciona que:

Adotando tal postura, ora transfere para o setor privado atividades tradicionalmente prestadas diretamente pelo Estado, ora transfere as práticas adotadas no setor privado para dentro do governo. A privatização e a contratação externa, bem como a administração gerencial da administração pública são, desta forma, faces da mesma moeda, sempre em busca da melhor eficiência.⁷⁴

Desde a criação da *Interstate Commerce Comission*, em 1887, para regulamentar o sistema ferroviário, houve uma proliferação dos entes reguladores nos Estados Unidos da América em todos os setores da administração pública, de modo que alguns doutrinadores citam o direito norte-americano como o direito das agências.

⁷³ Como exemplos podemos citar o *Monopolies and Mergers Commission*, criado em 1949 e encarregado da proteção da concorrência; o *British Broadcasting Corporation (BBC)*; a *Independent Broadcasting Authority*, incumbido da supervisão das empresas privadas de televisão; a *University Grants Committee*, incumbido da repartição de receitas entre as universidades e centros de pesquisa; o *British Council*, executor da política de promoção cultural inglesa no exterior; o *Medical Research Council*, a *Civil Aviation Authority*, etc.(ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 223).

⁷⁴ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Coleção **Direito Regulatório**. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006. p. 52.

Ao longo da evolução das agências reguladoras no direito norte-americano houve uma ampliação do âmbito de atividades regidas pela atividade regulatória e, para permitir que elas realizassem suas funções, foram atribuídas competências quase legislativas e quase judiciais.

Na organização das agências norte-americanas viu-se a necessidade de que determinadas atividades de relevante interesse social fossem reguladas com independência e imparcialidade, o que possibilitaria maior eficiência na prestação dos serviços públicos, a redução de custos e o afastamento de decisões políticas desnecessárias para o atendimento das finalidades públicas.

Para Alexandre Santos de Aragão, a primazia na adoção do regime de agências reguladoras pelos Estados Unidos da América fez com que já se discutissem naquele tempo temas polêmicos que se discutem hoje em diversos países.

Assim, questões como a posição das agências reguladoras independentes no tradicional esquema de três poderes; as suas relações com o Chefe do Poder Executivo, inclusive a possibilidade deste exonerar *ad nutum* os seus dirigentes; os seus poderes normativos; a legitimação dos seus procedimentos; e a abrangência do controle jurisdicional sobre os seus atos são, há décadas, discutidos nos E.U.A.; e certamente, guardadas as peculiaridades do sistema norte-americano, as decisões e fundamentos que as dirimiram podem lançar ótimas luzes à sua solução também em outros países em que, tal como o nosso, apenas recentemente, mas com intensidade, surgiram.⁷⁵

Podemos destacar que o termo “agência” no direito norte-americano estaria relacionado a qualquer autoridade sujeita ao controle de outra agência, excluindo o congresso e os Tribunais, conforme dispõe a *Administrative Procedure Act*⁷⁶, a qual, aliás, confere ampla participação popular e dos grupos de interesse nas decisões normativas proferidas pelas agências reguladoras.

Em relação à função reguladora das agências no direito norte-americano prevalece o entendimento de que sua competência está submetida ao Poder Legislativo, o qual deve estabelecer os parâmetros mínimos de atuação das agências. Desse modo, as agências reguladoras atuariam com função regulatória quando agissem

⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 230.

⁷⁶ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 71.

normativamente e com função judicante quanto atuassem na composição de conflitos.⁷⁷

No que concerne ao controle jurisdicional sobre os atos das agências, em razão do sistema da unidade de jurisdição, o Poder Judiciário acaba intervindo nas decisões das agências que exorbitem do seu poder regulamentar para assegurar a observância do devido processo legal e a participação dos interessados⁷⁸, bem como a razoabilidade das decisões técnicas decorrentes do nível de especialização das agências.

2.2 – O regime das agências reguladoras no Direito Francês

A inserção das agências reguladoras no direito francês possui peculiaridades próprias que inspiraram os regimes adotados em diversos países europeus e da América Latina.

Na organização administrativa francesa os entes reguladores autônomos submetem-se às regras impostas pelo governo, sobretudo em razão da estruturação dos órgãos centrais que compõem o Poder Executivo.⁷⁹

Contudo, ao longo dos anos foram conferidas competências regulatórias a determinados entes autônomos e independentes para orientar a organização das atividades econômicas relacionadas à sua especialidade.

Tais atribuições não estavam previstas na Constituição Francesa e, muito embora tenham sido alvo de questionamentos, o Conselho de Estado Francês não questionou sua inconstitucionalidade.

Como menciona Alexandre Santos de Aragão:

⁷⁷ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 72.

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 236.

⁷⁹ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *Op. cit.* p. 77.

O Conselho de Estado, em seus relatórios de estudos, ou seja, não em sede jurisdicional, primeiramente afirmou que ‘se integram sem dificuldade no sistema político e administrativo francês’, e posteriormente recuou ao ressaltar que ‘as autoridades administrativas independentes constituem uma categoria não prevista pela Constituição, e dificilmente conciliável com o equilíbrio de poderes por ela estabelecido’. Apesar de o Conselho Constitucional nunca haver tratado da questão especificamente, ao julgar matérias concernentes às autoridades administrativas independentes, jamais inquinou a sua constitucionalidade, afirmando que a direção da Administração central pode ser satisfeita pela possibilidade de desencadeamento dos controles jurisdicionais da legalidade.⁸⁰

Dentre as principais características das autoridades administrativas independentes francesas destacam-se: a ausência de qualificação como pessoas jurídicas, a possibilidade de exercerem competências decisórias, a estabilidade dos dirigentes e a independência em relação ao Poder Executivo Central, ainda que sejam obrigadas a apresentar um relatório anual sobre as suas contas. Ressalte-se, ainda, que as agências reguladoras não estão restritas à regulação dos serviços delegados a particulares, mas também à função de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos em face da Administração Pública.⁸¹

Desse modo, percebe-se que a atuação normativa das autoridades administrativas francesas submete-se aos parâmetros estipulados pelas leis instituidoras, as quais estabelecem restrições à atividade dos entes reguladores.

Esta estipulação importa na possibilidade de reapreciação pelo Poder Judiciário dos atos normativos das autoridades administrativas que exorbitem do seu poder regulamentar.

Assim, o sistema francês através das autoridades administrativas independentes buscou eliminar a influência dos organismos tradicionais e burocráticos existentes para reforçar a eficiência na prestação dos serviços públicos, a partir das metas e objetivos estabelecidos nas leis instituidoras para a sua implementação.

⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.241/242.

⁸¹ Ibidem. p. 239/240.

2.3 Aspectos dos modelos de agências reguladoras adotadas nos demais países

Os regimes das agências reguladoras apresentam variações significativas nos diversos países em razão das peculiaridades sociais, políticas e econômicas que determinaram formatos jurídicos distintos para a sua caracterização.

Porém, cumpre destacar que as principais características observadas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França, tiveram um alcance mundial e influenciaram o regime jurídico das agências reguladoras de diversos países.

Segundo Odete Medauar, vários fatores podem ser apontados para explicar a emergência das agências reguladoras independentes, dentre os quais cita: a liberalização de mercados e a transferência da execução de serviços públicos ao setor privado; o entendimento de que o enfrentamento de certas questões teria melhor solução se conferidas a entes imparciais e autônomos com conhecimentos especializados sobre a matéria; a importância da descentralização do poder em um Estado forte com centros decisórios difusos e a necessidade de conferir estabilidade a regras que afetam o mercado que não ficariam sujeitas aos comandos políticos.⁸²

Desse modo, destacam-se algumas características típicas adotadas no regime jurídico das agências reguladoras de diversos países com vistas à regulação, controle e fiscalização de setores de relevante interesse público, já que a organização tradicional e burocrática não seria capaz de alcançar os objetivos sociais e econômicos estipulados pelos governos.

Tais evidências revelam objetivos comuns na organização administrativa, tais como: o controle de gastos públicos, o aumento da eficácia na prestação dos serviços públicos e a necessidade de reforço do controle e fiscalização das atividades econômicas.

Em relação à influência do regime norte-americano das agências reguladoras, o qual serviu de inspiração para diversos países, sobretudo da América Latina, cumpre ressaltar que a diferença na formação histórica desses países levou a características

⁸² MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 260.

distintas nos modelos adotados. Sobre o assunto, Alexandre Santos de Aragão destaca que:

A demora na adoção do modelo das agências reguladoras independentes por estes países se deve menos a um suposto atraso na evolução do Direito Administrativo e mais às circunstâncias político-econômicas neles verificadas. Mais especificamente, os E.U.A sempre tiveram uma perspectiva liberal e não-estatizante bastante forte, ao passo que a América Latina e a Europa Continental se viram ao longo de todo o século passado envolvidas em uma série de demandas e convulsões sociais que levaram o estado a adotar uma política estatizante.⁸³

Com efeito, as histórias políticas dos países da América Latina e de alguns países da Europa revelam governos altamente autoritários e burocráticos que buscavam concentrar toda a organização da administração pública. Somente a partir da década de 80, com as políticas de desestatização e descentralização, é que esses países passaram a adotar medidas regulatórias sobre os setores transferidos à iniciativa privada.

Por outro lado, as transformações ocorridas em diversos países subdesenvolvidos da América Latina também foram influenciadas pelos organismos de financiamento mundial, sobretudo o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, os quais passaram a estipular um conjunto medidas a serem adotadas por esses países.⁸⁴

Portanto, podemos verificar que a inserção do modelo das agências reguladoras em diversos países resultou de um conjunto de transformações de ordem política, econômica e social com objetivos semelhantes relacionados, sobretudo, à necessidade do aumento do controle e fiscalização da atuação privada voltada à satisfação de relevantes interesses públicos.

⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 227.

⁸⁴ No conjunto de propostas conhecidas como ‘Consenso de Washington’ foram dez os pontos básicos propostos na agenda de reformas: disciplina fiscal; reorientação das despesas públicas; reforma tributária; liberalização financeira; taxas de câmbio unificadas e competitivas; liberalização do comércio; abertura a investimentos estrangeiros diretos; privatização; desregulamentação; e direitos de propriedade de seguros. (NAVIA, Patrício; VELASCO Andrés. **As reformas políticas de segunda geração**. In: CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Coleção Direito Regulatório. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006. p. 58).

3 – A Inserção das Agências Reguladoras no Brasil: Aspectos da Reforma do Aparelho de Estado Brasileiro

O advento das agências reguladoras no Brasil está relacionado a um conjunto de transformações no modo atuação do Estado com a redefinição e atualização de uma série de institutos e competências para se adaptar às novas formas de gestão e controle da administração pública.

Esse novo contexto resultou da necessidade de superação da incapacidade do Estado de prestar com eficiência as demandas sociais e gerenciar os setores econômicos sob seu controle. Soma-se, ainda, o aumento significativo das despesas, a redução de receitas e a forte crise fiscal que ensejaram um novo planejamento de Estado com a redução de sua atuação em busca de maior eficiência na realização das finalidades públicas.

Desse modo, acompanhando as transformações que ocorriam em grande parte do mundo, o Estado Brasileiro busca uma atuação mais estratégica e menos onerosa com o emprego de meios mais eficazes e menos dispendiosos para atender os fins sociais.

Sobre essa inaptidão do Estado de realizar adequadamente as necessidades da população, Luís Roberto Barroso destaca que:

O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exaurira. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado de direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira.⁸⁵

Assim, para a readaptação do aparelho estatal brasileiro foram empreendidas reformas econômicas estruturais que se implementaram através de emendas constitucionais e diversas leis que buscavam a modernização da estrutura administrativa estatal.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 163.

3.1 – As reformas de Estado no Direito Brasileiro

Ao se analisar as grandes reformas na administração pública brasileira, verifica-se a adoção de uma série de mecanismos para a reformulação da atuação do estado buscando, sobretudo, a implementação de uma gestão gerencial das atividades econômicas em substituição ao modelo burocrático.

Tais reformas revelam a necessidade de reestruturação das formas de controle e fiscalização das atividades econômicas, uma vez que no contexto anterior o Estado prestava diretamente diversos serviços e atividades econômicas de relevante interesse público e não havia a presença dos agentes privados em diversos setores estratégicos da economia.

Desse modo, a superação da centralização da administração, dos graus de hierarquia e da burocracia estatal era fundamental para a realização das atividades administrativas, o que implicou também no fortalecimento da atuação estatal na orientação da economia.

Sobre o assunto, Vitor Rhein Shirato observa que:

Foi necessário encontrar-se outra forma de atuação do Estado na economia, o que trouxe consigo novos e consideráveis desafios ao Estado. No campo dos serviços públicos, foi necessária uma segregação entre as atividades de regulação e a de prestação de serviços, bem como foi necessário o controle da ação privada com a finalidade de se implementar e fomentar a concorrência, agora possível em razão de avanços tecnológicos e ao mesmo tempo a adequação da prestação de serviços.⁸⁶

Nessa perspectiva, objetivou-se a modernização das estruturas de atuação do estado através de modificações no sistema constitucional e legal para enfrentar os novos desafios impostos pela adoção de uma administração pública gerencial.

No conjunto dessas reformas podemos identificar a tendência de redução da desburocratização para o alcance de maior eficiência na organização da administração pública, a exemplo do Decreto nº 86.215, de julho de 1981⁸⁷, que modificou a atuação do Estado através da transferência para o setor privado de empresas que pela natureza

⁸⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 470.

⁸⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Coleção Direito Regulatório. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006. p. 72.

das funções não deveriam permanecer sob o controle do estado. A partir de então, várias alterações se sucederam através de leis e decretos até o advento da Constituição de 1988.

Com o novo texto constitucional percebeu-se a necessidade de ampliar o âmbito de incidência das reformas para a aplicação dos objetivos constitucionais e adequar a organização da administração pública à realidade nacional.

Ocorre que para a implementação das reformas foram necessárias alterações substanciais no texto da Constituição, as quais possibilitaram a adoção de uma administração gerencial para superar a crise financeira do fracassado Plano Cruzado e a hiperinflação da década de 90⁸⁸, bem como o descrédito na capacidade do Estado em assegurar a prestação eficiente dos serviços públicos.

Assim, foram apresentadas diversas emendas à Constituição com o objetivo de garantir ao Estado maior capacidade de fiscalização e controle para o desenvolvimento das políticas públicas, bem como tornar mais eficientes suas funções e os serviços prestados.

Dentre as emendas constitucionais, destaca-se a número 6, de 1985, que retirou o art. 171 da Constituição Federal, o qual dispunha sobre a outorga de proteção, benefícios e preferências às empresas brasileiras de capital nacional, bem como o caput do art. 176 da Constituição Federal, permitindo que a pesquisa e lavra dos recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica fossem concedidos a empresas constituídas segundo a legislação brasileira.⁸⁹

Mas a principal transformação ocorreu com o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e da Reforma do Estado, com a aprovação pela Câmara em 21 de setembro de 1995.⁹⁰ No âmbito dessa reforma, percebeu-se que a remodelação da organização da administração pública era fundamental para reorientar a posição do Estado na economia com a transferência para

⁸⁸ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Coleção Direito Regulatório. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 74.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 164.

⁹⁰ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 40.

a iniciativa privada da prestação de serviços públicos inadequadamente executados pelo estado.

No plano dos objetivos globais, a reforma do aparelho do Estado busca, preliminarmente, aumentar o seu poder de governança traduzindo-se este objetivo na sua capacidade de implementar políticas públicas de maneira eficiente, célere e menos dispendiosa para o erário público, e, assim, satisfazer as demandas a ele dirigidas.⁹¹

Desse modo, a atuação do estado passou a se concentrar no tratamento da atividade regulatória controlando a atuação da iniciativa privada com o objetivo de assegurar a eficiência na prestação dos serviços de relevante interesse social. Ressalte-se que a retirada do Estado na exploração direta de determinadas atividades econômicas não implicou na integral desestatização, pois o ordenamento nacional atribui ao Estado uma série de obrigações próprias (art. 175 da Constituição Federal), sobretudo no que se refere ao controle e fiscalização das atividades desenvolvidas pela iniciativa privada.

Sobre a redefinição do papel desempenhado pelo Estado, Luís Roberto Barroso destaca que:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas.⁹²

Dentre as propostas da reforma percebe-se o destaque na regulação dos segmentos estratégicos, sobretudo nos setores de atividades exclusivas e não exclusivas. Nessa perspectiva, nos setores exclusivos buscou-se a adoção do contrato de gestão⁹³ para administração das agências autônomas, resultantes das transformações

⁹¹ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 41.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 167.

⁹³ O art. 5º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988, dispõe que: “Para os efeitos desta lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como Organização Social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.” (tais áreas seriam de ensino, pesquisa, cultura, saúde, preservação do meio-ambiente e desenvolvimento tecnológico).

das autarquias e fundações, o qual deveria traçar os objetivos e metas de desempenho, além de sua autonomia orçamentária e de pessoal.⁹⁴

Por outro lado, os serviços não exclusivos se tornariam não estatais passando a ser prestado por pessoas privadas através das Organizações Sociais, as quais também seriam administradas por contratos de gestão. Tratam-se de serviços que não envolveriam a execução do estado, mas que devem ser subsidiados por ele como cultura, saúde, educação e pesquisa científica.⁹⁵

Com a adoção dessa política regulatória implementou-se no país um amplo processo de privatização, sobretudo com a edição das leis 8.031/90 e 9.491/97 que instituíram o Programa Nacional de Privatização, o qual estabelecia entre os seus objetivos fundamentais: “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.”⁹⁶

Tais medidas foram essenciais para o processo de privatização de empresas estatais, em que serviços públicos indevidamente prestados passaram para a iniciativa privada visando a redução de custos e a eficácia na prestação dos serviços, a exemplo dos setores de telecomunicações, rodoviário e de eletricidade.

Portanto, a reforma do Estado no Brasil objetivou a eficiência na organização da administração pública com a transferência para o setor privado da execução de serviços antes prestados pelo Estado, ao qual incumbe as funções de coordenação, fiscalização e controle das atividades desempenhadas pelos particulares para o alcance das finalidades coletivas.

⁹⁴ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Coleção Direito Regulatório. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006. p. 80.

⁹⁵ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 42.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 165.

3.2 As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro

O advento das agências reguladoras no direito brasileiro ocorreu com a implementação do Plano Diretor da Reforma do Estado juntamente com um conjunto de alterações de institutos e competências administrativas.

O Plano Diretor, de acordo com os princípios da ordem econômica constantes na Constituição, sobretudo a partir das Emendas Constitucionais nºs 5, 6, 7, 8 e 9, de 1995⁹⁷, objetivou a reorientação da posição do Estado na economia com a transferência para a iniciativa privada da execução de determinados serviços públicos indevidamente prestados pelo Estado. Essa nova forma de atuação estatal levou ao surgimento das agências reguladoras independentes para assegurar o cumprimento das finalidades públicas, bem como estabelecer regras de controle sobre os setores regulados.

Embora já existissem no país alguns órgãos reguladores como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Imobiliários,

⁹⁷ **Emenda Constitucional nº 5:** Artigo único. O parágrafo 2º do art. 25 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação."

Emenda Constitucional nº 6: Art.1º O inciso IX do art. 170 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 170 (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 176 § (...)1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas." (...)

Art. 3º Fica revogado o art. 171 da Constituição Federal.

Emenda Constitucional nº 7: Art. 1º O art. 178 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras."

Emenda Constitucional nº 8: Art.1º O inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - a) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; "

Emenda Constitucional nº 9: Art.1º O § 1º do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 177 .§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei." Art. 2º Inclua-se um parágrafo, a ser enumerado como § 2º com a redação seguinte, passando o atual § 2º para § 3º, no art. 177 da Constituição Federal: "Art. 177 § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União".

o fato é que nenhum deles apresenta o mesmo grau de independência em relação ao Poder Executivo⁹⁸ e, por isso, constituem um novo instituto no Direito Público Brasileiro.

Como acentua Odete Medauar:

Com a extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial, ao setor privado, da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações, surgiram no ordenamento brasileiro as respectivas agências reguladoras.⁹⁹

Desse modo, o Plano Diretor da Reforma do Estado propunha a adoção de uma administração pública gerencial voltada para uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos através do controle dos resultados. É nesse contexto que surgem as agências reguladoras com a principal finalidade de regulamentar, orientar e fiscalizar as atividades desempenhadas pelos agentes privados para o atendimento das finalidades públicas.

Assim, acompanhando o Plano Diretor da Reforma do Estado foram criadas no Brasil, em nível federal, a partir de 1996, as seguintes agências reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427, de 26/12/1996); Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei 9.472, de 16/07/1997); Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478, de 06/08/1997); Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782, de 26/01/1999); Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961, de 28/01/2000); Agência Nacional das Águas – ANA (Lei nº 9.984, de 17/07/2000); Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº 10.223, de 05/06/2001).

Também no âmbito dos Estados foram criadas algumas agências reguladoras, tais como: a Agência Estadual de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERS (Lei Estadual nº 10.931/97); a Agência Catarinense de Regulação e Controle – SC/ARCO (Lei Estadual nº 11.355/00); a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro ASEP/RJ – (Lei Estadual nº 2.752/97); a

⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 265.

⁹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 75.

Agência Reguladora de Serviços concedidos do Estado de Sergipe – ASES (Lei Estadual nº 3.973/98); a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte – ASEP/RN (Lei Estadual nº 7.463/99); a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE (Lei Estadual nº 12.786/97); a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais – ARSEMG (Lei Estadual nº 12.999/98); a Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Pará (Lei 6.099/97); a Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo (Lei Estadual nº 5.721/98); a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Estado do Mato Grosso – AGER/MT (Lei 7.101/99) e a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA (Lei Estadual nº 7.314/98).

No âmbito da reforma administrativa do direito brasileiro, as agências foram adotadas em decorrência da descentralização na prestação de serviços públicos. Desse modo, o Estado concentra sua atuação na atividade regulatória controlando e fiscalizando a atividade dos agentes privados através de autorizações, permissões ou concessões.

Com a introdução das agências reguladoras busca-se maior eficiência na prestação dos serviços públicos, não permitindo que decisões de caráter político influam na discricionariedade técnica dos entes reguladores, tendo em vista a sua importância no atendimento das necessidades coletivas.

Na visão de Luís Roberto Barroso:

A instituição de um regime jurídico especial visa preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e, sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhe outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.¹⁰⁰

Além disso, a reforma administrativa brasileira ao assegurar a segurança jurídica e estabilidade normativa à atividade dos particulares propiciou a aproximação

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.174.

de um maior número de investimentos privados, possibilitando que mais recursos sejam aplicados ao atendimento das necessidades públicas.

Com efeito, a atuação conjunta da administração pública com os agentes privados passa a ser cada vez mais importante para o atendimento dos interesses coletivos, vez que o Estado necessita da intervenção da iniciativa privada para suprir sua ausência nas atividades desestatizadas e esta depende do Estado para obter a estabilidade e segurança jurídica na sua atuação.¹⁰¹

Do mesmo modo, como as agências reguladoras foram concebidas para controlar a atividade dos agentes privados no atendimento das finalidades públicas, somente através de normas seguras e estáveis podem ser dadas condições para a realização dos investimentos do setor privado.¹⁰² Por isso, o afastamento da atividade das agências reguladoras das contingências políticas foi fundamental, pois assegurou aos agentes privados confiança e segurança para assumir a realização de atividades antes desempenhadas pelo Estado.

Nesse sentido, é válido ressaltar a importância das agências reguladoras para o desempenho da atividade regulatória do estado em setores de relevante interesse público. Na visão de Alexandre Santos de Aragão:

Sendo assim, podemos constatar que, passados alguns anos da criação das primeiras agências reguladoras, revela-se que a busca deste modelo organizativo destina-se a regular, antes do que especificamente serviços públicos desestatizados, as atividades que em geral possuem uma especial sensibilidade para a coletividade; atividades a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente as que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública, entre as quais incluem-se, obviamente os serviços públicos.¹⁰³

Em razão da relevância das atividades desempenhadas pelos particulares é que foram implementados mecanismos de regulação para assegurar a prestação de serviços públicos essenciais, como energia elétrica e telefonia, os quais são de titularidade do Estado e devem ser prestados de forma contínua para o atendimento das necessidades coletivas.

¹⁰¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 476.

¹⁰² Ibidem, p. 477.

¹⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.268.

Nesse contexto, em razão da especialidade técnica dos setores regulados, as agências reguladoras foram dotadas de maior autonomia em relação ao poder central podendo centralizar sua atuação no controle e fiscalização das atividades desempenhadas pelos particulares.

Além disso, as agências reguladoras assumem o papel fundamental de garantir a interlocução entre os agentes privados e o Estado, sobretudo porque o sucesso das atividades desempenhadas pelos particulares prescinde do diálogo com o Estado, tendo em vista que assumiram funções preponderantemente públicas.

Por outro lado, a presença das agências reguladoras demandou a atuação do Estado em setores técnicos e especializados referentes aos setores regulados, já que anteriormente as figuras do agente prestador e regulador eram as mesmas e não havia a necessidade de especificação das regras aplicáveis aos serviços públicos desempenhados pelo Estado. Assim, sendo o Estado regulador das atividades desempenhadas pelos particulares, é fundamental o estabelecimento das formas aplicáveis à execução dessas atividades.¹⁰⁴

Portanto, com a evolução do Plano Diretor da Reforma do Estado as agências reguladoras independentes surgiram para a disciplina de determinados serviços públicos e atividades econômicas transferidas para a atividade privada, cuja implementação no direito brasileiro contribui para o aumento da eficiência na prestação dos serviços, bem como no aumento do controle social das atividades desempenhadas pelos particulares.

3.3 Características das agências reguladoras independentes no direito brasileiro

A introdução das agências reguladoras no direito brasileiro, acompanhando a Reforma de Estado da década de 90 do século passado, apresenta nítida e indiscutível influência do direito norte-americano e representa uma adaptação das experiências compartilhadas por diversos países, o que exigiu uma reestruturação institucional da

¹⁰⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 470.

administração pública brasileira para permitir a criação de entidades autárquicas com relevante grau de autonomia em relação ao poder central.

Para examinarmos a natureza jurídica das agências reguladoras cumpre destacar o art. 174 da Constituição Federal, o qual dispõe que: “como agente normativo e regulador da atividade econômica o Estado exercerá, na forma de lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

É nesse contexto que surgiram no direito brasileiro as agências reguladoras independentes como sendo:

Autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*¹⁰⁵.

Nesse sentido, as agências reguladoras são caracterizadas como autarquias em regime especial dotadas de relativa independência em relação ao poder central com a função de regulamentar, fiscalizar e controlar as atividades desenvolvidas pelos agentes privados para o atendimento das finalidades públicas.

Para boa parte da doutrina as agências reguladoras constituem entidades integrantes da administração federal indireta¹⁰⁶, a qual é integrada por pessoas jurídicas de direito público interno, com personalidade de direito público ou privado, responsáveis pelo exercício de determinada função administrativa prevista em lei.

É nesse sentido que as primeiras agências com previsão constitucional (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e Agência Nacional do Petróleo - ANP) foram conceituadas como autarquias especiais detentoras de autonomia administrativa, mandato fixo, ausência de subordinação hierárquica e estabilidade dos seus dirigentes.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 274.

¹⁰⁶ Decreto Lei nº 200/67: Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se: I – Autarquia – o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

¹⁰⁷ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 87.

Na visão de Alexandre Santos de Aragão:

O que deve ser frisado é que não há maior grau de autonomia que advenha pura e simplesmente da mera expressão ‘autarquia de regime especial’, mas sim do regime jurídico objetivamente dado pela lei instituidora da entidade, até porque existem muitas autarquias nominalmente ‘de regime especial’ cuja autonomia nada tem de especial em relação às demais autarquias. Neste caso teríamos um regime especial meramente formal, desvestido de maiores consequências práticas (ex: o IBAMA). Em outros casos, em que realmente a autarquia possui um regime jurídico que lhe confere considerável autonomia em relação à Administração Pública centralizada, temos, independentemente da nomenclatura adotada pela lei instituidora, um regime materialmente especial.¹⁰⁸

Desse modo, as agências brasileiras possuem natureza de autarquia especial por realizarem atividades tipicamente estatais e por serem dotadas de determinadas características que as distinguem das outras autarquias.

No tocante às prerrogativas próprias das agências reguladoras, Luís Roberto Barroso destaca que o regime jurídico especial “visa preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes.”¹⁰⁹

Com efeito, as agências são caracterizadas como instrumentos do Estado para desenvolver sua atividade regulatória em setores específicos, sendo dotadas de um relevante grau de autonomia administrativa e financeira para o desempenho de suas atividades.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello caracteriza as agências reguladoras como: “autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades.”¹¹⁰

Por outro lado, cumpre destacar que as agências reguladoras independentes não se confundem com as agências executivas, pois estas se referem a autarquias já existentes que passaram por uma reestruturação institucional a partir da Lei 9.649/1998. Desse modo, as agências executivas seriam criadas por Decreto do Poder

¹⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 273/274.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 174.

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 170.

Executivo com a finalidade de determinar a organização administrativa e os recursos orçamentários para o desempenho de suas funções.¹¹¹

Nessa perspectiva, para Alexandre Santos de Aragão:

A instituição das agências executivas teve como principal objetivo justamente possibilitar a gestão autônoma de entidades ou órgãos públicos. Estes não perdem a sua natureza originária (de órgãos, autarquias), passando apenas a ser qualificados como “agências executivas” e, depois de celebrado o contrato de gestão com a Administração central, a possuir maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira.¹¹²

Desse modo, percebe-se a nítida diferenciação entre as agências reguladoras e as agências executivas, pois enquanto as agências reguladoras possuem características capazes de garantir o controle e fiscalização das atividades reguladas, as agências executivas são entidades da administração indireta despersonalizadas com um maior grau de autonomia gerencial para o desempenho de suas atividades.

3.4 Natureza jurídica das agências reguladoras independentes

As agências reguladoras independentes são caracterizadas no direito brasileiro como autarquias em regime especial que integram a administração pública indireta com relativo grau de autonomia, cuja criação depende de lei específica que deve partir do chefe do poder executivo.

Ressalte-se que no direito brasileiro, diferentemente do direito norte-americano¹¹³, não há uma definição legal de agência reguladora, bem como não há uma legislação uniforme sobre o assunto¹¹⁴, cabendo à doutrina e às leis instituidoras determinar os principais aspectos das agências reguladoras.

¹¹¹ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 14/15.

¹¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 308.

¹¹³ “No direito norte-americano, o vocábulo ‘agência’ tem sentido amplo e significa que ‘qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos está sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais’, na forma expressamente citada na Lei de Procedimento Administrativo daquele país (*Administrative Procedure Act*). Percebe-se, claramente, que nos Estados Unidos falar em Administração Pública significa falar nas agências, com exceção do Poder executivo. Muitos até chegam a afirmar que o direito norte-americano é tido como o direito das agências”. (CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 71).

¹¹⁴ Está em tramitação no Congresso o Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, o qual dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº

Preliminarmente, em relação à natureza jurídica de autarquias em regime especial, a doutrina aponta que são conferidos privilégios específicos para as agências em razão da especialidade das funções que exercita, aumentando a sua autonomia em relação às demais autarquias¹¹⁵.

Sobre a noção de autonomia Vital Moreira preleciona que:

É assaz polêmica a noção de autonomia. Originariamente, e de acordo com o seu sentido etimológico, autonomia designa a capacidade de um ente jurídico de se auto regular, de formar as normas de sua própria conduta (...) Num outro sentido, mais difuso, autonomia designa genericamente o espaço de liberdade de um ente face a outro. Concretamente no âmbito das pessoas coletivas públicas ele exprime a liberdade dos entes infra-estatais face ao Estado, ou seja, a relativa independência em relação ao poder central.¹¹⁶

Desse modo, a especialidade do regime das agências reguladoras deriva da importância das funções que exercita, as quais estão relacionadas predominantemente a decisões técnicas sobre as atividades submetidas à regulação que não devem estar sujeitas às intermitências das decisões políticas. Para Luís Roberto Barroso, “a instituição de um regime especial visa preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, por parte do estado e de seus agentes.”¹¹⁷

Em linhas gerais, o regime característico das agências destaca-se pela autonomia administrativa, funcional e financeira, além das competências regulatórias, normativas e judicantes.

Acrescente-se ainda a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus diretores, ressalvados os casos de faltas graves apuradas conforme o processo disciplinar aplicável, e a organização em regime colegiado, características que serão melhor estudadas oportunamente.

Sobre a compreensão da noção de autarquia especial, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre que:

9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e nº 10.871, de 20 de maio de 2004, e da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e dá outras providências.

¹¹⁵ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 14.

¹¹⁶ MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora. 1997. p. 69/70.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 174.

Nos últimos anos, como fruto da mal-tramada ‘Reforma Administrativa’, surgiram algumas autarquias qualificadas como ‘autarquias sob regime especial. São elas as dominadas ‘agências reguladoras’. Não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isto. A idéia subjacente continua ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias. Ou seja: esta especialidade do regime só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das ‘agências reguladoras’ em confronto com a generalidade das autarquias¹¹⁸

Por sua vez, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que:

Autarquias especiais são aquelas instituídas sob regimes de pessoal, bens, atos ou serviços, distintos do regime geral autárquico, em atenção a certas pretendidas peculiaridades em seu desempenho, como sejam: a relativa garantia de estabilidade dos seus dirigentes, a execução de atividades que exijam um maior grau de autonomia técnica, a atribuição de competências reguladoras, inclusive parajurisdicionais e, ainda, a tomada de decisões com maior participação dos interessados.¹¹⁹

Desse modo, podemos perceber que a especialidade do regime das agências, nos termos das leis instituidoras, está relacionada à extensão das funções de normatização e fiscalização das empresas responsáveis pela prestação dos serviços públicos.

Também caracteriza o regime especial das agências reguladoras as formas de provimento e perda do mandato dos diretores e conselheiros das agências. Nesse sentido, a Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, estabelece no seu art. 5º que “os membros da Diretoria ou do Conselho serão escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f, do inciso III, do art. 52 da Constituição Federal¹²⁰”. Além disso, os dirigentes das agências reguladoras exercerão o mandato por prazo fixo somente podendo perdê-lo em caso de renúncia, condenação transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar, podendo, ainda, a lei de criação da agência determinar outras formas de perda do mandato.

¹¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 169.

¹¹⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 255.

¹²⁰ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal (...) III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: (...) f) titulares de outros cargos que a lei determinar.

Por outro lado, outro aspecto que também distingue o regime especial da agência é a relativa autonomia em relação ao Poder Executivo, tendo em vista que os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo mesmo, o que não descaracteriza sua vinculação administrativa com o Ministério ao qual está submetida.

4 - Aspectos da autonomia reforçada das agências reguladoras independentes

A autonomia das agências reguladoras em relação aos demais Poderes Centrais do Estado constitui uma de suas características distintivas, pois garante aos entes reguladores maior isenção e independência para o exercício de suas funções nos setores regulados.

Tal característica já é reforçada pela natureza autárquica das agências, a qual é identificada como uma descentralização funcional do Estado para a realização de suas atividades específicas. Na lição de Alexandre Santos de Aragão:

Tendo as agências sido criadas para propiciar uma regulação mais eficiente de atividades de especial interesse e sensibilidade da sociedade, não faria sentido que elas fossem neutralizadas em relação ao poder político e deixadas livres à influência econômica dos poderosos interesses regulados.¹²¹

Desse modo, percebe-se que a autonomia das agências reguladoras visa afastar a influência de posicionamentos políticos ou de grupos de interesse, tendo em vista que a sua atuação ocorre entre interesses contrapostos para assegurar a qualidade na prestação dos serviços, a proteção da concorrência e o afastamento do abuso do poder econômico.

4.1 – Da autonomia financeira e orçamentária

Inicialmente, podemos identificar a autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras, a qual é fundamental para a organização do funcionamento de suas atividades e está determinada em cada uma de suas leis instituidoras.

¹²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 365.

Dentre as principais fontes de arrecadação das agências reguladoras teríamos as taxas de fiscalização ou regulação que são pagas pelos agentes privados exercentes de atividades econômicas submetidas à regulação, assim como a arrecadação proveniente de multas, emolumentos e retribuição dos serviços prestados a terceiros, rendimentos de operações financeiras, recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, doações, legados entre outros¹²².

Além disso, conforme aponta Luís Roberto Barroso:

No que toca à autonomia econômico financeira, por sua vez, procura-se conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica.¹²³

Do mesmo modo, as agências reguladoras independentes possuem relativa autonomia para determinar o próprio orçamento, respeitadas as imposições constitucionais relativas ao tema, como o princípio da unidade orçamentária.

No caso da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por exemplo, a sua independência financeira seria garantida pelas receitas próprias, recursos do Tesouro Nacional, cobrança de taxas de fiscalização e multas, bem como pela autonomia orçamentária, tendo em vista que a agência deverá submeter a sua proposta de orçamento ao Ministério do Planejamento e Orçamento (art. 49 da Lei 9472/1997)¹²⁴. Do mesmo modo, a Lei nº 9427/1996 que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica determina em seu art. 11 os recursos que constituem as receitas da agência, bem como a forma de estruturação do seu orçamento.¹²⁵

¹²² CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 99.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 .p. 178.

¹²⁴ Art. 49. A Agência submeterá anualmente ao Ministério das Comunicações a sua proposta de orçamento, bem como a do FISTEL, que serão encaminhadas ao Ministério do Planejamento e Orçamento para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição Federal.

¹²⁵ **Art. 11.** Constituem receitas da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:

I - recursos oriundos da cobrança da taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica, instituída por esta Lei;
II - recursos ordinários do Tesouro Nacional consignados no Orçamento Fiscal da União e em seus créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;
III - produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública, de emolumentos administrativos e de taxas de inscrição em concurso público;

Assim, a autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras estaria voltada para melhor determinar a alocação de recursos no desenvolvimento de suas atividades essenciais.

4.2 – Autonomia administrativa e funcional

Em razão da natureza das atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras na regulação de importantes setores da economia, as agências dependem de relativa autonomia funcional e administrativa para garantir a neutralidade de suas funções. Para o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, uma das características distintivas das autarquias é a autonomia administrativa para o exercício descentralizado de atividades típicas do Estado.¹²⁶

Com efeito, as agências reguladoras atuam na articulação de interesses públicos e privados e deve ter assegurada a sua autonomia para impedir a influência dos setores políticos ou econômicos.

Na visão de Odete Medauar:

Uma das características comuns das agências reguladoras encontra-se na autonomia, que, embora se revestindo de moldes variados, conforme o país, significa, em geral, maior liberdade de decidir em comparação aos demais órgãos da Administração, quebrando-se, do ponto de vista jurídico, a subordinação hierárquica ao poder central (na verdade, a ausência de subordinação hierárquica, em termos jurídicos, mostra-se ínsita à criação de todas as entidades da Administração indireta ou descentralizada; mas, na prática, de regra, ocorre subordinação ao poder central, sobretudo quando o dirigente exerce cargo de confiança, de livre nomeação e exoneração).
(...)¹²⁷

IV - rendimentos de operações financeiras que realizar;

V - recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais;

VI - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

VII - valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade.

Parágrafo único. O orçamento anual da ANEEL, que integra a Lei Orçamentária da União, nos termos do inciso I do § 5º do art. 165 da Constituição Federal, deve considerar as receitas previstas neste artigo de forma a dispensar, no prazo máximo de três anos, os recursos ordinários do Tesouro Nacional.

¹²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.22.

¹²⁷ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 261.

Desse modo, do ponto de vista orgânico-funcional e tendo em vista a importância das funções das agências, há uma ausência de subordinação hierárquica entre os responsáveis pela sua administração em relação ao Poder Central. Tal independência seria representada pela forma de escolha dos seus diretores, existência de mandato fixo e impossibilidade de exoneração *ad nutum*¹²⁸, cabendo à administração direta o estabelecimento de diretrizes gerenciais para o atendimento das finalidades públicas.

Nesse sentido, em razão da competência e atribuições das agências reguladoras sua atividade está caracterizada pela menor influência externa nas suas decisões e atos. Porém, no exercício de suas funções, as agências devem observar as diretrizes gerais determinadas pela administração central para o atendimento de suas finalidades.

Sobre o tema, Alexandre Santos Aragão aponta que:

Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da administração pública. A autonomia não pode servir para isentá-la da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento.¹²⁹

No que se refere aos elementos característicos da autonomia reforçada das agências reguladoras, cabe citar os seguintes: forma de nomeação dos seus dirigentes, estabilidade no exercício de um mandato fixo e garantias contra demissões injustificadas, características essenciais ao desenvolvimento adequado e eficiente de suas funções.

4.2.1 – Formas de nomeação e composição da estrutura organizacional

Em relação à forma de nomeação dos diretores das agências reguladoras o exame de cada uma das leis instituidoras permite identificar características comuns. Em linhas gerais e de acordo com a Lei 9.986/2000, que trata dos assuntos relativos à

¹²⁸ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 99.

¹²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A legitimação democrática das Agências Reguladoras**. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord: Gustavo Binenbojm. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 3.

forma de gestão, provimento dos cargos e hipóteses de perda do mandato, os diretores das agências reguladoras são nomeados pelo chefe do Poder Executivo¹³⁰ (Presidente da República, Governador do Estado ou Prefeito Municipal, seja a agência federal, estadual ou municipal), após aprovação do Senado Federal. (art. 5º da Lei 9.986/2000).

Nesse sentido, o procedimento de nomeação assegura um mandato fixo, maior independência em relação ao Poder Executivo Central e possibilita o controle pelo Poder Legislativo que verifica as qualificações necessárias para o desempenho do cargo. Além da qualificação técnica e profissional para o exercício das funções de direção, algumas leis instituidoras exigem que o diretor seja brasileiro, possua reputação ilibada e idoneidade moral.¹³¹

Desse modo, assegura-se aos dirigentes no exercício de um mandato fixo a impossibilidade de exoneração imotivada após a sua nomeação, o que diferencia as agências reguladoras em relação às demais autarquias.

Sobre o assunto, Alexandre Santos de Aragão cita o julgado 1949 do Supremo Tribunal Federal, no qual foram consideradas constitucionais ambas as restrições ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo. Em relação à livre nomeação, o art. 52, III, f, da Constituição Federal, admite a prévia aprovação do Senado Federal na escolha de titulares de outros cargos que a lei determinar. Por outro lado, quanto à vedação da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não viola as competências do Poder Executivo e que pode ser demitido apenas por justa causa e através de prévio procedimento administrativo que assegure o contraditório e a ampla defesa¹³².

No que se refere à estrutura organizacional das agências reguladoras, o art. 4º da Lei 9.986/2000 dispõe que as agências serão organizadas em regime de colegiado por um Conselho Diretor ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou Diretor-Geral.

¹³⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Coleção Direito Regulatório. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006. p. 142.

¹³¹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 84.

¹³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 342.

Tal forma de organização contribui para a autonomia e independência das agências reguladoras independentes, pois conforme acentua Leila Cuéllar:

A composição colegiada permite a existência de entendimentos diversos e favorece o diálogo, garantindo uma atuação imparcial e evitando que prevaleçam entendimentos unilaterais. Por outro lado, os mandatos não coincidentes dos membros dos órgãos colegiados permitem supor que haja uma permanente confluência de dirigentes, oriundos desta ou daquela escola, vinculados a esta ou àquela linha de pesquisa e atuação, o que vem contribuir para a imparcialidade da regulação.¹³³

Desse modo, a Lei que instituiu a ANATEL (9.472/97) estabelece em seu art. 8º, §1º e §2º, além das suas características específicas, que a agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, o qual é composto por cinco conselheiros com mandato de cinco anos escolhidos entre brasileiros de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f, do inciso III, do art. 52 da Constituição Federal (arts. 20, 23 e 24 da Lei 9472/97).¹³⁴

A Lei 9427/96 da ANEEL estabelece nos arts. 4º e 5º que a agência será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores em colegiado nomeados pelo Presidente da República para mandatos não coincidentes de quatro anos¹³⁵. Do mesmo

¹³³ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 85.

¹³⁴ Art. 8º da Lei 9.427/97: “Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 20. O Conselho Diretor será composto por cinco conselheiros e decidirá por maioria absoluta.

Art. 23. Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Art. 24. O mandato dos membros do Conselho Diretor será de cinco anos.

¹³⁵ **Art. 4º.** A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

§ 1º O decreto de constituição da ANEEL indicará qual dos diretores da autarquia terá a incumbência de, na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários.

§ 2º (Revogado pela Lei nº 9.649, de 27.05.1998).

modo, a Lei da ANS (9.961/2000) dispõe em seus arts. 5º e 6º que a agência será dirigida por uma Diretoria Colegiada, a qual será composta por até cinco diretores sendo um deles o seu Diretor Presidente, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal para cumprimento de mandato de três anos.¹³⁶

Assim, seguindo esta estrutura organizacional as demais agências também apresentam as formas relativas à nomeação e composição dos órgãos de direção¹³⁷, o que garante maior estabilidade e neutralidade aos diretores das agências no exercício de suas funções.

4.2.2 – Impossibilidade da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras

A garantia de estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras no exercício de um mandato fixo também é caracterizada pela impossibilidade da exoneração desmotivada, conforme disposto nas respectivas leis instituidoras.

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

Art. 5º. O Diretor-Geral e os demais Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos, ressalvado o que dispõe o art. 29.

Parágrafo único. A nomeação dos membros da Diretoria dependerá de prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

¹³⁶ Art. 5º A ANS será dirigida por uma Diretoria Colegiada, devendo contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções, de acordo com o regimento interno.

Parágrafo único. A ANS contará, ainda, com a Câmara de Saúde Suplementar, de caráter permanente e consultivo.

Art. 6º A gestão da ANS será exercida pela Diretoria Colegiada, composta por até cinco Diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente.

Parágrafo único. Os Diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

¹³⁷ Apenas a título exemplificativo, o Conselho Diretor da Agência Nacional do Petróleo (ANP) é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, para o exercício de um mandato de quatro anos (art. 11 da Lei 9.478/1997). A Agência Nacional de Águas (ANA) é dirigida por uma Diretoria, composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República para um mandato de quatro anos (art. 9º da Lei 9.984/2000). A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquáticos (ANTAQ), também são dirigidas por Diretorias colegiadas nomeadas pelo Presidente da República após aprovação do Senado para um mandato de quatro anos (art. 54, da Lei 10.233/2000).

Tal aspecto relacionado à natureza de autarquia especial reforça a autonomia e independência administrativa das agências reguladoras. Sobre o assunto, Vitor Rhein Schirato menciona que:

A influência do Poder Executivo central sobre as agências, que pode se dar com a exoneração *ad nutum* de seus dirigentes, pode trazer efeitos deletérios para os interesses públicos primários e a prevalência dos interesses públicos secundários, na medida em que pode importar em favorecimentos às empresas estatais, em detrimento das empresas privadas, em razão da orientação das políticas econômicas de intervenção desenvolvidas pelo grupo de pressão mandatário.¹³⁸

Com efeito, tal característica foi inserida pelas leis instituidoras para afastar as influências políticas sobre o comando das atividades das agências reguladoras, garantindo que os dirigentes não sejam demitidos de forma injustificada pelo Chefe do Poder Executivo Central durante o exercício do mandato. Destaque-se que algumas leis instituidoras das agências reguladoras estabelecem um período para início da estabilidade dos diretores, durante o qual seria possível a exoneração desmotivada.¹³⁹

Conforme menciona Leila Cuéllar:

Essa previsão deve ser criticada e combatida, visto que o estabelecimento de um mandato fixo e a previsão da impossibilidade de exoneração injustificada durante o período do mandato configuram garantias fundamentais para a manutenção da independência das agências. Afinal de contas, se o Chefe do Executivo nomeia o dirigente e este é aprovado pelo Legislativo, supõe-se que se trate de pessoa altamente qualificada para o exercício da função – a respeito do qual todos os dados sobre a sua reputação pessoal e técnica foram examinados.¹⁴⁰

Por outro lado, em relação às hipóteses de demissão por justa causa a maioria das leis instituidoras estabelecem que ocorrerá após o prévio procedimento administrativo, assegurando o contraditório e a ampla defesa, nos seguintes casos: condenação penal transitada em julgado, condenação em processo administrativo,

¹³⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 488.

¹³⁹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 86.

No art. 12 da Lei 9.782/2000 da ANVISA está estabelecido que a exoneração imotivada do Diretor da Agência somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato. Assim também, o art. 8º da Lei 9.961/2000 da ANS dispõe que até os primeiros quatro meses na direção pode ocorrer a demissão imotivada.

¹⁴⁰ CUÉLLAR, Leila. *Op.cit.* 86/87.

acumulação ilegal de cargos ou funções públicas, ato de improbidade administrativa e o descumprimento das diretrizes estipuladas nos contratos de gestão.

Assim, a Lei 9.961/2000 da ANS estabelece em seu artigo 8º que os dirigentes perderão o mandato em virtude de: condenação penal transitada em julgado, condenação em processo administrativo a ser instaurado pelo Ministro de Estado da Saúde, acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas e descumprimento dos objetivos e metas estipulados nos contratos de gestão.¹⁴¹

Por outro lado, em relação à duração dos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras não há conformidade nas leis instituidoras. Como aponta Leila Cuellar, diferentemente da opção fixada por alguns países de mandatos longos e descoincidentes entre si, no direito brasileiro os mandatos são relativamente curtos e variam entre três e cinco anos. Desse modo, o término do mandato dos dirigentes que compõem o órgão colegiado das diversas agências ocorrerá em épocas distintas ao mandato dos diversos Chefes do Poder Executivo Central, o que contribui para a neutralidade política na direção das agências reguladoras.¹⁴²

Na Lei 9.472/2000 da ANATEL o art. 24 dispõe que a duração do mandato dos membros do Conselho Diretor será de cinco anos¹⁴³. Por sua vez, a Lei 9.427/1996 da ANEEL estabelece em seu art. 5º que o mandato do Diretor Geral e demais Diretores será de quatro anos. Do mesmo modo, a lei 9.961/2000 da ANS estipula no parágrafo único, do art. 6º, que a duração do mandato dos diretores será de três anos.¹⁴⁴

¹⁴¹ Art. 8º Após os primeiros quatro meses de exercício, os dirigentes da ANS somente perderão o mandato em virtude de:

I - condenação penal transitada em julgado;
 II - condenação em processo administrativo, a ser instaurado pelo Ministro de Estado da Saúde, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
 III - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; e
 IV - descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão de que trata o Capítulo III desta Lei.

§ 1º Instaurado processo administrativo para apuração de irregularidades, poderá o Presidente da República, por solicitação do Ministro de Estado da Saúde, no interesse da Administração, determinar o afastamento provisório do dirigente, até a conclusão.

§ 2º O afastamento de que trata o § 1º não implica prorrogação ou permanência no cargo além da data inicialmente prevista para o término do mandato.

¹⁴² CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 88.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, a Lei 9984/2000 da ANA estipula em seu art. 22 que: “ Na primeira gestão da ANA, um diretor terá mandato de três anos, dois diretores terão mandatos de quatro anos e dois diretores terão mandatos de cinco anos, para implementar o sistema de mandatos não coincidentes.” A lei 9782/1999 da

Sobre a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-RS, na qual foi questionado pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul a constitucionalidade da vinculação da nomeação e destituição dos dirigentes da agência reguladora estadual de serviços públicos à Assembleia Legislativa Estadual. Em sede de liminar, o Supremo Tribunal Federal julgou ser constitucional a subordinação da nomeação à aprovação prévia pela Assembleia Legislativa Estadual.¹⁴⁵

4.2.3 – Do regime de incompatibilidades

As leis instituidoras das agências reguladoras estabelecem semelhantes características relacionadas às incompatibilidades para ocupação dos cargos de direção, ressalvadas as peculiaridades das atividades de cada uma das agências.

Com efeito, ao estabelecer as hipóteses de incompatibilidades o legislador pretendeu garantir a independência e imparcialidade das agências evitando as influências políticas ou econômicas na direção das mesmas. Nesse sentido, Leila Cuéllar assevera que: “É salutar para o bom funcionamento da agência reguladora que as pessoas que ocupam os cargos de direção não possuam vínculo com as empresas reguladas nem estejam no exercício de função pública ou política, pois isso poderia comprometer sua imparcialidade.”¹⁴⁶

Na visão de Alexandre Santos de Aragão:

ANVISA estabelece em seu art. 11 que a duração do mandato dos diretores será de três anos, sendo admitida uma recondução por três anos.

¹⁴⁵ ADIN1949/Rs. Publicado em 25/11/2005 - EMENTA: I. Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não, à própria administração direta. II. Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembleia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. 1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 – à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III -, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembleia Legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. 2. Carece, pois, de plausibilidade a arguição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembleia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada.

¹⁴⁶ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira.p. 91.

Tendo as agências reguladoras sido criadas para propiciar uma regulação mais eficiente de atividades de especial interesse e sensibilidade da sociedade, não faria sentido que elas fossem neutralizadas em relação ao poder político e deixadas livres à influência econômica dos poderosos interesses regulados. Trata-se da ‘captura’, sempre colocada, mormente nos E.U.A., como um dos maiores riscos das agências reguladoras independentes.¹⁴⁷

Seguindo estes pressupostos as leis instituidoras das agências estabeleceram hipóteses de incompatibilidades distintas a partir das peculiaridades dos setores regulados. No caso da Lei 9.427/1996 da ANEEL, o art. 6º estabelece que está impedido de exercer cargo de direção na agência aquele que mantiver vínculos com qualquer concessionária, permissionária, autorizada, produtor independente, autoprodutor: a) o acionista ou sócio com participação individual direta superior a três décimos por cento do capital social ou superior a dois por cento no capital social da empresa controladora; b) membro do conselho de administração, fiscal ou de diretoria executiva; c) empregado, mesmo com o contrato de trabalho suspenso, inclusive das empresas controladoras ou das fundações de previdência de que sejam patrocinadoras. Do mesmo modo, também está impedido de exercer cargo de direção da ANEEL membro do conselho ou diretoria de associação regional ou nacional, representativa de interesses dos agentes mencionados, de categoria profissional de empregados desses agentes, bem como de conjunto ou classe de consumidores de energia.¹⁴⁸

Desse modo, percebe-se que o regime de incompatibilidades estabelecido nas leis instituidoras das agências visam afastar a parcialidade no exercício das funções de direção, bem como impedir o favorecimento de determinados agentes em face de outros.

Para o alcance dessas finalidades, as leis instituidoras também criaram o período de quarentena durante o qual o ex-diretor da agência não poderá exercer atividades nas empresas reguladas, bem como representar o interesse de pessoas ou

¹⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.p. 365.

¹⁴⁸ Assim também, no art. 11 da Lei da ANA (9.984/2000) é vedado aos dirigentes da agência o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária; ter interesse direto ou indireto em empresa relacionada com o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Na lei da ANS (9.961/2000) em seu art. 9º também é previsto que até doze meses após deixar o cargo é vedado ao ex-dirigente da agência: representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência, excetuando-se os interesses próprios relacionados a contrato particular de assistência à saúde suplementar, na condição de contratante ou consumidor; deter participação, exercer cargo ou função em organização sujeita à regulação da ANS.

empresas submetidas à regulação. Como afirma Leila Cuéllar, na maioria das vezes o prazo previsto pelas agências é de um ano, embora a Lei 9.986/2000 prevê um prazo de quatro meses, o que não se adapta à necessidade de garantia da neutralidade da atuação das agências reguladoras.¹⁴⁹

5 – Regime de administração de pessoal

Sobre o regime de pessoal das agências reguladoras independentes devemos destacar o regime dos diretores que compõem os órgãos colegiados e dos técnicos que compõem a sua organização administrativa.

Conforme ressaltado, as agências reguladoras brasileiras são autarquias especiais e se submetem ao regime jurídico de Direito Público interno. Desse modo, estão as agências vinculadas aos princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e devem pautar suas atividades com a observância do disposto nas suas leis instituidoras.

Em relação ao regime dos dirigentes das agências reguladoras, a disciplina geral está contida na Lei nº 9.986/2000, a qual foi analisada anteriormente e estabelece os requisitos gerais para nomeação: ser brasileiro, de reputação ilibada, formação universitária, qualificação técnica para o exercício do cargo e nomeação pelo Presidente da República para mandato definido nas leis instituidoras, após a aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f, do inciso III, do art. 52 da Constituição Federal.

Esta mesma Lei em relação aos demais servidores estabelece em seu artigo 1º¹⁵⁰ que seriam regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no regime de direito privado. Contudo, conforme salienta Alexandre Santos de Aragão:

¹⁴⁹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 93.

¹⁵⁰ Art. 1º As Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público. (Vide Lei nº 10.871, de 2004) (Eficácia suspensa por concessão de liminar até o julgamento final da ADIN 2310).

Ocorre que, para exercerem proficuamente as funções concernentes às agências reguladoras, que requerem elevada independência frente aos poderes político e econômico, os seus servidores necessitam das devidas garantias institucionais, notadamente a estabilidade, garantias estas exclusivas aos cargos, jamais de empregos públicos (art. 41 da Constituição Federal)¹⁵¹.

Nesse sentido, em razão da natureza das funções que exercem não seria possível a determinação do regime de direito privado aos servidores, embora tal possibilidade tenha sido negada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 que extinguiu o regime jurídico único para os servidores públicos.

Porém, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a medida liminar contida nos autos da ADIN nº 2.310-1-DF suspendeu a eficácia dos arts. 1º e 2º da Lei 9.986/2000, até que fosse julgada a ADIN¹⁵². Ao citar a decisão na ADIN 2.310-1-DF, Leila Cuéllar destaca os seguintes trechos:

Inegavelmente, as agências reguladoras atuam com poder de polícia, fiscalizando, cada qual em sua área, atividades reveladoras de serviço público, a serem desenvolvidas pela iniciativa privada. (...) Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados (...) Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal.¹⁵³

Desse modo, tendo em vista a natureza das atividades exercidas pelos servidores das agências reguladoras na articulação de interesses públicos e privados o regime prevalecente é o regime jurídico estatutário, o qual afasta o vínculo contratual e fixa o vínculo institucional entre os servidores e a agência reguladora correspondente.

Cumprе ressaltar que, embora o regime jurídico prevalente seja o regime estatutário, a Constituição Federal admite a contratação em regime de direito privado para contratação de pessoal para o exercício de funções materiais, necessidade

¹⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 326.

¹⁵² Ibidem. p. 327.

¹⁵³ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 96.

temporária de excepcional interesse público, entre outras hipóteses que remanescem do regime antecedente.¹⁵⁴

Saliente-se que a Lei 10.871/2004 revogou o artigo 1º da Lei 9.986/2000, prevendo a criação de cargos públicos e respectivas carreiras para as agências reguladoras, o que reforça a independência técnica das agências para o alcance de suas finalidades.¹⁵⁵

6 – Controle das atividades das agências reguladoras

A atividade regulatória do Estado por intermédio das agências reguladoras atua na articulação entre interesses públicos e privados coordenando e incentivando as atividades dos particulares para o atendimento das finalidades públicas. Tal atividade exige um determinado grau de autonomia e independência, o que não isenta o controle das suas atividades.

Sobre a limitação dos poderes das agências reguladoras Joaquim B. Barbosa Gomes destaca que:

Nossas agências configuram, portanto, uma importação de um conceito, de um formato e de um modo específico de estruturação do Estado. Faltam-lhes, contudo, e isso poderá lhes ser fatal no curso do seu amadurecimento institucional, um maior rigor na delimitação de seus poderes e na compatibilização destes com os princípios constitucionais; um controle efetivo pelo Senado do processo de designação de seus dirigentes; um controle mais eficaz de suas atuações pelo Judiciário e pelos órgãos especializados do Congresso.¹⁵⁶

Desse modo, o desenvolvimento de novos institutos jurídicos no campo da regulação exige instrumentos de controle adequados para coordenar e limitar a atividade dos entes reguladores ao atendimento do interesse público. Tal controle é

¹⁵⁴ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira.. p. 97.

¹⁵⁵ Ibidem. p. 100/101.

¹⁵⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras: A “Metamorfose” Do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)**. In: Agências Reguladoras e Democracia. Coord: Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 27.

exercido pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como pelos usuários e consumidores dos serviços prestados.¹⁵⁷

6.1 – Controle exercido pelos poderes Executivo e Legislativo

Quanto ao Poder Executivo podemos verificar que atua no controle da nomeação dos diretores das agências reguladoras, após a aprovação da escolha pelo Poder Legislativo. De outro lado, as atividades das agências devem se submeter ao cumprimento das finalidades estabelecidas no âmbito das próprias leis instituidoras, observando o cumprimento das políticas estabelecidas pelo Governo Central para a atividade do setor regulado. Na visão de Alexandre Santos de Aragão:

De fato, uma característica homogênea dos controles das agências reguladoras pela Administração central, prevista nas suas respectivas leis instituidoras, é a submissão à política pública traçada pela Administração Central, seja pelo próprio Presidente da República, pelo Ministro de Estado ao qual estão vinculadas, ou por Conselho setorial integrado total ou majoritariamente por agentes hierarquicamente subordinados ao Chefe do Poder Executivo.¹⁵⁸

Por outro lado, as agências reguladoras possuem autonomia financeira decorrente da cobrança das taxas de fiscalização, bem como autonomia orçamentária, tendo em vista que devem encaminhar a proposta de orçamento ao Ministério que estão vinculadas. Desse modo, podemos perceber que as agências estão submetidas ao controle do Tribunal de Contas no que decorre da disposição do art. 70 da Constituição Federal.

Sobre o assunto, questiona-se a possibilidade do controle pelo Tribunal de Contas sobre as atividades fins das agências reguladoras como o aumento de tarifas ou as atividades de fiscalização realizadas sobre os setores regulados. Embora existam divergências na doutrina, Alexandre Santos de Aragão entende que “o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou

¹⁵⁷ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 104.

¹⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.p. 363.

mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário.”¹⁵⁹

Em relação ao controle efetuado pelo Poder Legislativo podemos verificar que atua desde a aprovação da nomeação dos dirigentes que irão compor os órgãos colegiados das agências reguladoras, até na fiscalização da atuação das agências reguladoras, nos termos do art. 49, X, da Constituição Federal.

Acrescente-se que o Poder Legislativo pode legislar sobre os dispositivos instituidores da forma organizacional das agências reguladoras ou, até mesmo, a extinguindo, mecanismos que fornecem indicativos do controle da atuação das agências reguladoras.¹⁶⁰

Dentre as questões que podem incitar discussões relativas ao controle das agências pelo Poder Legislativo, conforme preleciona Alexandre Santos de Aragão, temos o caso da criação de agência reguladora desprovida de independência, na qual o Congresso emendasse o projeto determinando que os dirigentes fossem nomeados por prazo determinado. Tal alteração estaria contida no âmbito de competência do Poder Legislativo, pois não envolve o aumento de despesa ou a criação de outra entidade.¹⁶¹

Ademais, a não possibilidade de revisão das decisões das agências reguladoras pela administração direta em razão do grau de especialização técnica dos seus atos, além de buscar o afastamento das ingerências políticas contribui para a manifestação da autonomia das agências reguladoras.¹⁶²

Por outro lado, cabe ressaltar a não sujeição das decisões das agências reguladoras a recursos hierárquicos impróprios, tendo em vista que não há previsão nas leis instituidoras da possibilidade de revisão das decisões pelo Poder Executivo Central. Saliente-se que a previsão dos recursos poderia se contrapor ao próprio regime jurídico das agências reguladoras, tais como a vedação da exoneração *ad*

¹⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.. p. 340.

¹⁶⁰ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 105/106.

¹⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* p. 338.

¹⁶² GONÇALVES, Fernando José. **As Autoridades Regulatórias Brasileiras e seus Relacionamentos com as Demais Entidades do Poder Público**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008. p. 36.

nutum dos seus dirigentes e o afastamento das influências políticas nas suas decisões.¹⁶³

6.2 – Controle jurisdicional da atividade das agências reguladoras

O controle jurisdicional sobre a atuação das agências reguladoras é um dos temas mais controvertidos no seu estudo, pois está baseado no confronto entre a inafastabilidade da tutela jurisdicional, conforme art. 5º, XXXV da Constituição Federal, e a separação de poderes¹⁶⁴, em relação à possibilidade de atuação do judiciário na revisão dos atos administrativos.

Apesar dos diferentes posicionamentos sobre uma maior participação do judiciário no julgamento dos atos administrativos ou uma redução da intervenção na análise desses atos, fato é que o controle jurisdicional é sempre admissível sobre as decisões das agências reguladoras.

Ressalte-se que o judiciário não irá intervir no mérito dos assuntos relativos à atividade técnica-especializada, já que pela natureza da matéria prevalece a decisão do ente regulador reconhecendo-se uma margem de discricionariedade. Nesse sentido, como preleciona Alexandre Santos de Aragão:

O poder judiciário acaba, portanto, não tendo grande ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais do devido processo legal, e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação, e à manutenção da razoabilidade/proporcionalidade das decisões da agência reguladora.¹⁶⁵

Desse modo, a atuação do judiciário estaria limitada à apreciação da observância do devido processo legal nos processos decisórios das agências

¹⁶³ GONÇALVES, Fernando José. **As Autoridades Regulatórias Brasileiras e seus Relacionamentos com as Demais Entidades do Poder Público**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008. p. 347/349.

Para o autor, “o mecanismo de permeabilidade das agências ao juízo político destas autoridades já foi traçado pelas leis instituidoras através da fiação das políticas do setor; da possibilidade, em alguns casos, de aprovação dos regimentos internos; do Princípio da Unidade Orçamentária, etc. – mas jamais mediante a possibilidade da interposição de recursos hierárquicos impróprios. (p. 349)”.

¹⁶⁴ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 74.

¹⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 350.

reguladoras, o que não indica a impossibilidade de análise do exercício da competência discricionária por parte do judiciário.

Com efeito, ao longo da história assiste-se a diversas atuações do Poder Judiciário no controle dos atos das autoridades administrativas, desde à época em que os atos discricionários eram considerados atos de império, até hodiernamente com a atuação do Poder Judiciário na análise dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e igualdade no controle dos atos administrativos.¹⁶⁶

Na visão de Luís Roberto Barroso:

O conhecimento convencional no sentido de não ser possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Nesta nova realidade, destacam-se princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. À luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame.¹⁶⁷

Com efeito, a complexidade das atividades das agências reguladoras na articulação entre interesses públicos e privados exige a intervenção do judiciário para a devida observância dos princípios constitucionais.

Em relação ao controle judicial dos atos administrativos admite-se que pode se limitar à mera invalidação do ato exarado ou estar acompanhado de um comando judicial para a realização de determinado ato, desde que previamente estabelecido no ordenamento jurídico¹⁶⁸.

Nesse sentido, o Poder Judiciário pode controlar os atos das agências reguladoras que exorbitem da sua esfera de atuação visando a correta aplicação das normas e instruções previstas nas leis instituidoras, bem como o respeito à esfera de

¹⁶⁶ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 75.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 186.

Acrescenta o autor que “sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa auto-contenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana.”

¹⁶⁸ GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* p. 75/76.

discrecionariedade das agências no que se refere aos critérios de conveniência e oportunidade do mérito do ato regulado.¹⁶⁹

7 – Aspectos das principais agências reguladoras no direito brasileiro

A análise estrutural das agências reguladoras no direito brasileiro permite identificar as suas principais características, competências e atribuições nos termos das leis instituidoras. Além de seus aspectos comuns como mandato fixo dos diretores, perda do cargo somente nas condições previstas em lei, bem como a autonomia administrativa e financeira, cumpre analisarmos outras características para compreendermos os principais aspectos das agências reguladoras criadas em nível federal e estadual.

Desde a criação da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) a partir da Lei nº 9.427/1996, surgiram onze agências reguladoras a nível federal, cerca de vinte e quatro agências estaduais, duas distritais e seis municipais, cujas atribuições e competências estão definidas nas respectivas leis instituidoras.

7.1 – Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi a primeira agência reguladora federal criada a partir da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no período de reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. A Lei 9.427/1996 foi regulamentada pelo Decreto 2.235/1997, bem como seu Regimento Interno foi aprovado pela Portaria MME nº 349/97.

A Lei da ANEEL já prevê em seu art. 2º que sua criação “tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”.

Desse modo, compete à ANEEL o exercício das funções do poder concedente de serviços públicos de energia elétrica e uso dos seus potenciais. Nesse sentido, tanto

¹⁶⁹ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 77.

a transmissão quanto a distribuição de energia elétrica estão sujeitas à regulação direta da ANEEL.

Destaque-se que em razão da importância do setor regulado no atendimento de diversas regiões do território nacional, a ANEEL tem descentralizado suas funções para as agências reguladoras estaduais. Na visão de Sérgio Guerra:

Essa descentralização visa agilizar os processos de regulação, fiscalização, mediação e outorgas; adaptar as ações de regulação, fiscalização e mediação às circunstâncias locais; e trazer a solução do problema para o local de sua origem. (...) (...) Para tanto, as Agências Reguladoras Estaduais recebem delegação da ANEEL por meio de Convênios de Cooperação. Para suportar financeiramente a execução das atividades descentralizadas, a ANEEL repassa recursos financeiros provenientes da Taxa de Fiscalização recolhida pelos agentes regulados. As Agências Reguladoras conveniadas auxiliam nos processos de regulação e outorga, de competência exclusiva da ANEEL.¹⁷⁰

Entre as atribuições da ANEEL descritas em seu art. 3º podemos destacar que compete à ANEEL: implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos; promover, mediante delegação, as licitações para contratação de concessionárias de serviço público para a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, direta ou mediante órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; dirimir administrativamente as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; fixar os critérios para cálculo do preço de transporte e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei 9.074/1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos

¹⁷⁰ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 17.

de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; e zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica.¹⁷¹

Quanto à composição do órgão colegiado da ANEEL, nos termos dos arts. 4º, 5º, 6º e 9º, os diretores serão nomeados para mandatos de quatro anos, após prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea “f”, do inciso III, do art. 52 da Constituição Federal. Em relação ao regime de quarentena a lei estabelece em seu art. 8º que a exoneração imotivada do dirigente somente poderá ocorrer nos quatro meses iniciais do mandato, findo os quais somente perderão o cargo em caso de renúncia, condenação transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Ressalte-se, ainda, que o dirigente ao deixar o cargo continua vinculado à agência reguladora durante um ano, no qual não poderá prestar serviço a qualquer órgão da administração pública direta.¹⁷²

Desse modo, verifica-se que a lei instituidora da ANEEL cria uma série de atribuições e competências para a agência reguladora e com a crise de energia elétrica no Brasil, em 2001, instituiu-se a Câmara de Gestão da Crise que reduziu

¹⁷² **Art. 9º.** O ex-dirigente da ANEEL continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias.

§ 1º Durante o prazo da vinculação estabelecida neste artigo, o ex-dirigente continuará prestando serviço à ANEEL ou a qualquer outro órgão da administração pública direta da União, em área atinente à sua qualificação profissional, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu.

§ 2º Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se o infrator às penas previstas no art. 321 do Código Penal, o ex-dirigente da ANEEL, inclusive por renúncia ao mandato, que descumprir o disposto no "caput" deste artigo.

§ 3º Exclui-se do disposto neste artigo o ex-dirigente que for exonerado no prazo indicado no "caput" do artigo anterior ou pelos motivos constantes de seu parágrafo único.

determinadas atribuições da ANEEL e desestruturou boa parte da organização administrativa do ente regulador.¹⁷³

7.2 – Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada pela Lei nº 9.472, em 16/07/1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.338/1997 e pela Resolução ANATEL nº 270/2001 que aprovou o seu Regimento Interno.

A criação da ANATEL possui previsão na Constituição Federal, a qual dispõe em seu art. 21, inc. XI, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador.

Desse modo, criou-se a ANATEL como entidade da Administração Pública Federal submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações para o exercício das funções regulatórias relativas aos serviços públicos de telecomunicações.¹⁷⁴

No art. 19 da Lei 9.472/1997 estão descritas as competências da ANATEL, dentre as quais podemos destacar: a adoção de medidas necessárias para o atendimento do interesse público e desenvolvimento das telecomunicações brasileiras; implementação da política nacional de telecomunicações; representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações; expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas na Lei; editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções; expedir normas sobre

¹⁷³ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. P.122.

¹⁷⁴ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 19/20.

prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações e reprimir infrações aos direitos dos usuários.

Quanto à organização institucional a ANATEL tem como órgão máximo o Conselho Diretor, o qual é composto por cinco conselheiros escolhidos entre brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade que serão escolhidos pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal para mandato de cinco anos (arts. 20, 23 e 24 da Lei 9.472/1997). Além disso, os membros do Conselho Diretor somente perderão seu mandato em virtude de renúncia, condenação judicial transitado em julgado ou de processo administrativo disciplinar em que seja assegurada ampla defesa.

Sobre a organização institucional da ANATEL cumpre destacar o Conselho Consultivo, o qual é composto por representantes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classes das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, cujos membros não são remunerados e possuem mandato de três anos. Dentre as atribuições do Conselho Consultivo destaca-se as competências para: a) opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério da Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações; b) aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; c) requerer informação e fazer proposição a respeito das ações; d) requerer informação e fazer proposição a respeito das ações.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Art. 33. O Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência.

Art. 34. O Conselho será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento.

Parágrafo único. O Presidente do Conselho Consultivo será eleito pelos seus membros e terá mandato de um ano.

Art. 35. Cabe ao Conselho Consultivo:

Verifica-se, ainda, que a Lei da ANATEL apresenta uma descrição mais minuciosa e completa em relação às demais legislações referentes às agências reguladoras brasileiras, sobretudo em relação à previsão da procedimentalização que confere maior legitimação à atividade da agência ao garantir publicidade, transparência e publicidade aos seus atos.

7.3 – Agência Nacional do Petróleo - ANP

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP foi instituída pela Lei 9.478, de 06/08/1997, com redação alterada pelas Leis nº 8.176/1991, nº 10.202/2001, nº 10.848/2004, nº 11.097/2005 e nº 11.540/2007, bem como pelo Decreto 2.455/98 que aprovou o seu Regimento Interno.

Em linhas gerais, tendo em vista que a partir da Emenda Constitucional nº 9/1995 a Constituição Federal passou a admitir que as atividades de pesquisa, lavra, importação, exportação e transporte de petróleo e gás natural fossem exploradas por empresas privadas¹⁷⁶, foi criada a Agência Nacional do Petróleo – ANP para exercer a regulação relativa às operações de extração do petróleo, gás natural e biocombustíveis.

Dentro da política nacional para aproveitamento racional das fontes de energia, o art. 8º estabelece as competências da ANP, dentre as quais destacamos: a promoção da regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis; implementar a política nacional do petróleo, gás natural e biocombustíveis contida na política energética nacional e na proteção dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção; elaborar os editais e promover as licitações

I - opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações;

II - aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público;

III - apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor;

IV - requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art. 22.

Art. 36. Os membros do Conselho Consultivo, que não serão remunerados, terão mandato de três anos, vedada a recondução.

¹⁷⁶ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 27.

para concessão da exploração, desenvolvimento e produção; expedir autorizações para refino, processamento, transporte, importação e exportação; estabelecer critérios para o cálculo das tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores; fiscalizar diretamente e de forma concorrente ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis; instruir os processos com vistas à declaração de utilidade pública para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa nas áreas necessárias à exploração; estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento.

Na organização da ANP cabe destacar o papel do Conselho Nacional de Energia Elétrica, o qual é responsável pela fixação das políticas públicas do setor que serão propostas ao Presidente da República.

A organização colegiada da ANP é composta por uma Diretoria formada por um Diretor Geral e quatro Diretores nomeados pelo Presidente da República, após aprovação de seus nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f”, do inciso III, do art. 52 da Constituição Federal. Os diretores cumprirão mandato de quatro anos e não será permitida a recondução (art. 11).¹⁷⁷ Em relação à impossibilidade da exoneração *ad nutum* dos diretores, a exemplo das demais agências, o regime ficou submetido à disciplina da Lei 9.986/2000.

7.4 – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA

Através da Lei 9.782/1999, de 26/01/1999, foi instituída a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA regulamentada pelo Decreto 3.029/1999 e pela Portaria ANVISA 593/00 que aprovou o seu regimento interno. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária é uma autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, o

¹⁷⁷ Art. 11. A ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores.

§ 1º Integrará a estrutura organizacional da ANP um Procurador-Geral.

§ 2º Os membros da Diretoria serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

§ 3º Os membros da Diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução, observado o disposto no art. 75 desta Lei.

qual tem por objeto estabelecer as políticas públicas gerais do setor propostas pela ANVISA.

Em linhas gerais, compete à ANVISA promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário, bem como a fiscalização dos serviços e produtos submetidos à vigilância sanitária¹⁷⁸.

Dentre as suas atribuições podemos destacar que compete à ANVISA, de acordo com o art. 7º da Lei 9.782/1999: coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições; estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde; intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços e ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado; administrar e arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária; autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação e anuir com a importação e exportação de produtos mencionados na sua lei de criação; conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação; conceder e cancelar o certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação; exigir o credenciamento, no âmbito do Sinmetro, dos laboratórios de apoio de diagnóstico e terapêutico e outros de interesse para o controle de riscos à saúde da população; interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde; proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos; cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento no caso de oferecimento de riscos ou violação da lei.

Em relação à estrutura funcional, a ANVISA é dirigida por uma diretoria colegiada e também é formada por um conselho consultivo, o qual é responsável para

¹⁷⁸ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 28.

acompanhar e apreciar o desenvolvimento das atividades desenvolvidas pela ANVISA. Tal conselho se reúne trimestralmente, sendo formado por representantes de instituições da administração pública, sociedade civil organizada e comunidade científica sob a presidência do Secretário Executivo do Ministério da Saúde.¹⁷⁹

Os diretores que compõem o órgão colegiado da ANVISA são nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal nos termos do art. 52, III, alínea “f” da Constituição Federal com mandato de duração de três anos. Também consta a possibilidade da demissão *ad nutum* dos diretores da ANVISA nos quatro meses iniciais do mandato, ao término dos quais será assegurada a estabilidade no cargo.¹⁸⁰

7.5 – Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar foi instituída pela Lei 9.961, de 28/01/2000, regulamentada pelo Decreto 3.327/2000 e pela Resolução ANS 593/00, que aprovou o seu Regimento Interno. Também está vinculada ao Ministério da Saúde com a função de regulação, normatização, fiscalização e controle de saúde suplementar.

Dentre as atribuições da ANS destaca-se a regulação dos planos de saúde privados, observadas as finalidades e as políticas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar.¹⁸¹

Além disso, o art. 4º da Lei 9.961/2000 estabelece dentre as suas atribuições: propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar

¹⁷⁹ Art. 9º A Agência será dirigida por uma Diretoria Colegiada, devendo contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

Parágrafo único. A Agência contará, ainda, com um Conselho Consultivo, que deverá ter, no mínimo, representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários, na forma do regulamento. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

¹⁸⁰ Art. 12. A exoneração imotivada de Diretor da Agência somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais será assegurado seu pleno e integral exercício, salvo nos casos de prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia.

¹⁸¹ ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 279/280.

(CONSU); estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656/1998, e suas excepcionalidades; fixar os critérios para os procedimentos de credenciamento e desc credenciamento de prestadores de serviço às operadoras; estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros ofertados pelas operadoras; estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde; estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões; normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes; estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde; monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

Sobre a importância da ANS na regulação do funcionamento das empresas de planos privados de assistência à saúde, Alexandre Santos de Aragão destaca que:

É importante notar que a legislação da ANS representa uma forte intervenção estatal sobre a atividade econômica privada (não se trata de serviços público) dos planos de saúde, o que, mais uma vez, demonstra que a criação de agências reguladoras no Brasil não se deu somente na senda de uma desestatização/regulação. No caso ora, a instituição da Agência propiciou, exatamente um grande aumento da intervenção e regulação estatal sobre atividade da iniciativa privada.¹⁸²

Quanto à estrutura funcional a ANS é dirigida por uma diretoria colegiada, sendo composta também pela Câmara de Saúde Complementar, órgão de caráter permanente e consultivo.

¹⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 281.

Os diretores da ANS são nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal nos termos do art. 52, III, alínea “f”, da Constituição Federal, com mandato de duração de três anos, sendo admitida uma recondução.¹⁸³

Em relação à perda do mandato dos dirigentes, a Lei da ANS dispõe que após os primeiros quatro meses não poderá ocorrer a demissão imotivada, exceto nos casos de: condenação penal transitada em julgado; condenação em processo administrativo, a ser instaurado pelo Ministro de Estado da Saúde, assegurados o contraditório e a ampla defesa; acumulação ilegal de cargo, empregos ou funções públicas e o descumprimento injustificado de objetivos e metas estabelecidos no contrato de gestão.

Saliente-se que após instaurado o processo administrativo o Presidente da República através de solicitação do Ministro do Estado e da Saúde pode determinar o afastamento do dirigente até a conclusão do processo administrativo.

7.6 – Agência Nacional de Águas (ANA)

A Agência Nacional de Águas - ANA foi instituída nos termos da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, e regulamentada pelo Decreto 3.692/00, fazendo parte do Sistema Nacional de Georreferenciamento dos Recursos Hídricos, o qual é formado por entidades federais, estaduais, municipais e da sociedade civil.

Desse modo, compete à ANA a efetivação das outorgas de direito de uso dos recursos hídricos sob domínio da União de acordo com a Lei 9.433/1997 que aprovou a Política Nacional de Recursos Hídricos.¹⁸⁴

¹⁸³ Art. 5º A ANS será dirigida por uma Diretoria Colegiada, devendo contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções, de acordo com o regimento interno.

Parágrafo único. A ANS contará, ainda, com a Câmara de Saúde Suplementar, de caráter permanente e consultivo.

Art. 6º A gestão da ANS será exercida pela Diretoria Colegiada, composta por até cinco Diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente.

Parágrafo único. Os Diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

Art. 7º O Diretor-Presidente da ANS será designado pelo Presidente da República, dentre os membros da Diretoria Colegiada, e investido na função por três anos, ou pelo prazo restante de seu mandato, admitida uma única recondução por três anos.

Dentre as competências da ANA, nos termos do art. 4º da Lei 9.984/2000, destacam-se: a de supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos; disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos; outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União; fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União; elaborar estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica; implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios; definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas.

Em linhas gerais, percebe-se que a ANA tem uma competência nacional referida pela realização da Política Nacional de Recursos Hídricos e uma competência federal por meio da qual outorga o direito de exploração das águas da União.¹⁸⁵

Quanto à organização institucional, a ANA é formada por uma Diretoria Colegiada, composta por cinco membros nomeados pelo Presidente da República para mandatos de quatro anos, com a ressalva que não há necessidade de autorização pelo Senado Federal. Do mesmo modo, o art. 9º da Lei 9.984/2000 dispõe que poderá

¹⁸⁴ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p.21.

¹⁸⁵ ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 282.

ocorrer a demissão imotivada de diretores durante os primeiros quatro meses de mandato.¹⁸⁶

7.7 Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários possuem organização institucional semelhantes e foram criadas pela Lei 10.233, de 05/06/2001, com alteração pela Medida Provisória 2.217-3/200. O regimento interno da ANTT foi aprovado pela Resolução 1/2002 e o regimento interno da ANTAQ pela Resolução 646/2006.

No âmbito de atuação da ANTT temos o transporte ferroviário de passageiros e cargas pelo Sistema Nacional de Viação, transporte rodoviário nacional e internacional de passageiros e o transporte de cargas, enquanto a ANTAQ tem por objeto a regulação da navegação fluvial, lacustre, de travessia, apoio marítimo, apoio portuário, de cabotagem, de longo curso, os portos e terminais portuários, bem como o transporte aquaviário de cargas.

Dentre as competências da ANTT, conforme art. 24 da Lei 10.233/2001, podemos destacar as seguintes: promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte; promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de

¹⁸⁶ **Art. 9º** A ANA será dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República, com mandatos não coincidentes de quatro anos, admitida uma única recondução consecutiva, e contará com uma Procuradoria.

§ 1º O Diretor-Presidente da ANA será escolhido pelo Presidente da República entre os membros da Diretoria Colegiada, e investido na função por quatro anos ou pelo prazo que restar de seu mandato.

§ 2º Em caso de vaga no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no *caput*, que o exercerá pelo prazo remanescente.

Art. 10. A exoneração imotivada de dirigentes da ANA só poderá ocorrer nos quatro meses iniciais dos respectivos mandatos.

§ 1º Após o prazo a que se refere o *caput*, os dirigentes da ANA somente perderão o mandato em decorrência de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de decisão definitiva em processo administrativo disciplinar.

transporte terrestre; elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição; editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transportes terrestres, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos.

Dentre as atribuições da ANTAQ, nos termos do art. 27, destacam-se: promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de serviços portuários; promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores; celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso gerindo os contratos e demais instrumentos administrativos.

No que se refere à organização institucional, as mais recentes agências criadas pelo Governo Federal possuem Diretoria organizada em regime de colegiado, no caso da ANTT por um Diretor Geral e quatro Diretores e na ANTAQ por um Diretor Geral e dois Diretores. Os membros da diretoria serão escolhidos dentre brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos a serem exercidos, e serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f, inciso III, do art. 52 da Constituição Federal. Tais diretores cumprirão mandato de quatro anos, sendo admitida a recondução e poderão perder o mandato pela renúncia, condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar ou descumprimento manifesto de suas atribuições.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Art. 52. A ANTT e a ANTAQ terão Diretorias atuando em regime de colegiado como órgãos máximos de suas estruturas organizacionais, as quais contarão também com um Procurador-Geral, um Ouvidor e um Corregedor.

7.8 – Agência Nacional do Cinema

A Agência Nacional do Cinema – ANCINE foi instituída a partir da Medida Provisória nº 2.219, de 06/09/2001. A ANCINE é uma agência reguladora vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior e tem como finalidades fomentar, regular e fiscalizar a indústria cinematográfica e videofonográfica.

Suas atuações estão relacionadas à política desenvolvida pelo Conselho Superior do Cinema para executar a política nacional de incentivo ao cinema. Dentre as suas competências podemos destacar: a fiscalização do cumprimento da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados; promover o combate à pirataria das obras audiovisuais; aplicar multas para promover o combate à pirataria; regulamentar as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação; coordenar as ações e atividades governamentais referentes à indústria cinematográfica e videofonográfica; articular-se com os órgãos competentes dos entes federados com vistas à otimização da consecução dos seus objetivos; gerir programas e mecanismos de fomento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional; estabelecer critérios para aplicação de recursos de fomento e financiamento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional; promover a participação de obras

Art. 53. A Diretoria da ANTT será composta por um Diretor-Geral e quatro Diretores e a Diretoria da ANTAQ será composta por um Diretor-Geral e dois Diretores.

§ 1º Os membros da Diretoria serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos a serem exercidos, e serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

§ 2º O Diretor-Geral será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes da Diretoria, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

Art. 54. Os membros da Diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, admitida uma recondução.

Art. 88. Os Diretores deverão ser brasileiros, ter idoneidade moral e reputação ilibada, formação universitária, experiência profissional compatível com os objetivos, atribuições e competências do DNIT e elevado conceito no campo de suas especialidades, e serão indicados pelo Ministro de Estado dos Transportes e nomeados pelo Presidente da República.

Parágrafo único. As nomeações dos Diretores do DNIT serão precedidas, individualmente, de aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

cinematográficas e videofonográficas nacionais em festivais internacionais; aprovar e controlar a execução de projetos de co-produção, produção, distribuição, exibição e infra-estrutura técnica a serem realizados com recursos públicos e incentivos fiscais.

Na visão de Alexandre Santos de Aragão:

Podemos constatar que as competências da ANCINE são mais de fomento do que de regulação propriamente dita, o que, todavia, não a descaracteriza como agência reguladora. Além da qualificação conferida pelo art. 5º, o fato de possuir menos competências regulatórias que as demais agências reguladoras, não faz que não possa ser considerada como tal, até porque não há agências reguladoras que exerçam apenas competências regulatórias.¹⁸⁸

Em relação à organização institucional, apesar de não haver menção expressa à vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a Lei 9.986/2000 ao estabelecer disposições comuns ao regime das agências reguladoras estipula esta vedação.

7.9 – Entes semelhantes às agências reguladoras independentes

7.9.1 - Agência Nacional do Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e Agência Nacional do Desenvolvimento do Nordeste (ADENE)

A Agência Nacional do Desenvolvimento da Amazônia – ADA é autarquia especial instituída pela Medida Provisória nº 2.157-5, de 24/8/2001, vinculada ao Ministério da Integração Nacional.

Tal entidade veio substituir a antiga Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), com o objetivo de implementar as políticas de desenvolvimento da Amazônia.¹⁸⁹

Entre as suas competências podemos destacar: propor e coordenar o Plano de Desenvolvimento da Amazônia; aprovar os projetos a serem executados no âmbito do Fundo de Desenvolvimento da Amazônia; autorizar e liberar recursos do Fundo de Desenvolvimento da Amazônia; implementar estudos e pesquisas destinados à

¹⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.p. 285/286.

¹⁸⁹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p. 124.

identificação de potencialidades e vulnerabilidades socioeconômicas e ambientais, bem como propor estratégias e ações compatíveis com o espaço regional; promover ações voltadas ao desenvolvimento social da região; estruturar e implementar redes de informação em apoio às atividades produtivas e promover a cooperação técnica, tecnológica e financeira com organismos nacionais e internacionais.

De outro lado, a Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE) criada em substituição à antiga Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE),¹⁹⁰ foi instituída pela Medida Provisória nº 2.146-1, de 04.05.2001.

Entre as suas principais competências podemos destacar: propor e coordenar a implantação do Plano de Desenvolvimento do Nordeste; gerir o Fundo de Desenvolvimento do Nordeste; aprovar projetos a serem executados no âmbito do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste; autorizar a contratação e liberação dos recursos do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste; auditar e avaliar os resultados da aplicação dos recursos do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste; promover ações voltadas ao desenvolvimento social da região, estruturar e implementar redes de informação em apoio às atividades produtivas, bem como promover a cooperação técnica, e financeira com organismos nacionais e internacionais voltados à integração e o desenvolvimento regional.

Tais entidades, apesar de serem identificadas como agências não podem ser concebidas como agências reguladoras, pois não detém as mesmas atribuições relativas aos entes reguladores.¹⁹¹

7.9.2 – Conselho Monetário Nacional (CMN), Banco Central do Brasil (BACEN), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Comissão de Valores Imobiliários (CVM)

O Banco Central do Brasil (BACEN), o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Comissão de Valores

¹⁹⁰ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira. p.124.

¹⁹¹ Idem.

Imobiliários (CVM), apesar de exercerem função reguladora e de possuírem relativa autonomia no exercício de suas funções, não podem ser concebidos como agências reguladoras independentes.

Tais entes possuem algumas peculiaridades próximas às agências reguladoras, tais como a organização institucional em órgãos colegiados e formação técnica dos seus dirigentes, embora certas características não se enquadram no regime típico dos entes reguladores.

Em relação ao Conselho Monetário Nacional (CMN), as suas funções estão relacionadas à formulação da política nacional de crédito e moeda, regulação do valor interno da moeda, fiscalização e controle das instituições financeiras, bem como da política cambial, taxas de juros e empréstimos efetuados pelas instituições financeiras, depósitos a prazos, entre outras, conforme art. 4º da Lei 9.649/98.

Além disso, vincula-se institucionalmente ao Ministério da Fazenda sendo dirigido por um órgão colegiado formado pelo Ministro da Fazenda, Presidente do Banco do Brasil e Presidente do BNDES, juntamente com sete outros membros de notável conhecimento em assuntos econômicos e financeiros nomeados pelo Presidente da República após nomeação do Senado Federal.¹⁹²

Destaque-se, conforme salienta Alexandre Santos de Aragão, que os três primeiros membros podem ser demitidos *ad nutum* pelo Presidente da República ou mediante decisão da assembléia social controlada pela União¹⁹³, o que desqualifica a caracterização do Conselho Monetário Nacional como agência reguladora independente.

O Banco Central do Brasil – BACEN tem entre as suas atribuições a execução da política monetária estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional, bem como a normatização das condições para o exercício de cargos de administração nas instituições financeiras privadas nos termos da Lei nº 4.595/94.

¹⁹² Art. 6º O Conselho Monetário Nacional será integrado pelos seguintes membros:

I – Ministro da Fazenda que será o Presidente;

II – Presidente do Banco do Brasil S.A;

III – Presidente do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;

IV – Sete (7) membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, escolhidos entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de sete (7) anos, podendo ser reconduzidos.

¹⁹³ ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 301.

Na sua organização institucional é formado por um órgão colegiado composto por cinco membros, no qual o seu presidente será escolhido pelo Conselho Monetário Nacional ¹⁹⁴ entre os seus membros escolhidos pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

Desse modo, tanto as funções normativas quanto a organização institucional estão sujeitas ao Conselho Monetário Nacional, o que descaracteriza a sua concepção como agência reguladora independente. ¹⁹⁵

Por sua vez, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM também é vinculada ao Ministério da Fazenda, nos termos da Lei 6.385/76, e tem entre suas principais funções orientar a implementação da política de funcionamento e organização do mercado de valores mobiliários.

Sua atividade regulamentar submete-se ao Conselho Monetário Nacional, o qual fixa as diretrizes gerais para cumprimento pela Comissão de Valores Mobiliários.

Em relação à organização institucional, os seus dirigentes são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal, sendo vedada a exoneração *ad nutum*. ¹⁹⁶

Embora apresente esta característica típica das agências reguladoras independentes, sua autonomia funcional submete-se ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional ¹⁹⁷, o que também descaracteriza o regime típico das agências reguladoras independentes. ¹⁹⁸

¹⁹⁴ Art. 14. O Banco Central do Brasil será administrado por uma Diretoria de cinco (5) membros, um dos quais será o Presidente, escolhidos pelo Conselho Monetário Nacional dentre seus membros mencionados no inciso IV do art. 6º desta Lei.

Art. 6º - (...)

IV - Sete (7) membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, escolhidos entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de sete (7) anos, podendo ser reconduzidos.

¹⁹⁵ ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 302.

¹⁹⁶ Art. 6º A Comissão de Valores Mobiliários será administrada por um Presidente e quatro Diretores, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais.

¹⁹⁷ ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Op. cit.* p.304.

¹⁹⁸ Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades: (...)

§ 4º As penalidades somente serão impostas com observância do procedimento previsto no § 2º do art. 9º desta Lei, cabendo recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Por outro lado, dentre as principais competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica descritas no art. 7º, da Lei 8884/94, destacam-se a de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica aplicando as penalidades em lei, decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica possui relativa autonomia orgânica e funcional e seus conselheiros são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal¹⁹⁹.

Contudo, não se pode caracterizar o CADE como ente regulador, vez que as suas competências estão relacionadas à expedição de atos com efeitos concretos no mercado como um todo, não desempenhando qualquer atividade regulatória em setores específicos e determinados.²⁰⁰

8 – Agências Reguladoras Estaduais e Municipais

No âmbito dos Estados e Municípios também foram criadas diversas agências reguladoras para regular as atividades econômicas, bem como os serviços públicos prestados por particulares.

Entre as suas principais características estabelecidas pelas leis instituidoras destaca-se a natureza de autarquia especial em razão da autonomia orgânica, financeira e patrimonial.

Desse modo, foram criadas as seguintes agências reguladoras estaduais: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE (Lei Estadual nº 12.786 de 30/12/1997); Agência Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos do Estado do Pará (Lei Estadual nº 6.099 de 30/12/1997); Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA (Lei Estadual nº 7.314 de 19/05/1998); Agência Estadual de

¹⁹⁹ Art. 4º O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

²⁰⁰ ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 305.

Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo – AGESP (Lei Estadual nº 5.721 de 19/08/1998); Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Estado de Minas Gerais – ARSEMG (Lei Estadual nº 12.999 de 31/07/1998); Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Estado do Mato Grosso – AGER/MT (Lei Estadual nº 7.101 de 14/01/1999); Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ (Lei Estadual nº 2.686 de 13/02/1997); Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado do Sergipe (Lei Estadual nº 3.973/1998); Agência Catarinense de Regulação e Controle – SC/ARCO (Lei Estadual nº 11.355 de 18/01/2000); Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte – ASEP-RN (Lei Estadual nº 7.463 de 02/03/1999); Agência Estadual de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERS (Lei Estadual nº 7.463 de 02/03/1999) e Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo – CSPE (Lei Complementar Estadual nº 833 de 17/10/1997).

De outro lado, em relação às agências reguladoras municipais tem-se até o momento: a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro do Itapemirim – AGERSA, no Estado do Espírito Santo; a Agência de Regulação de Serviços Públicos Delegados do Município de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul; a Agência Reguladora de Serviços e Saneamento Básico do Município de Natal, no Estado do Rio Grande do Norte; a Agência Municipal de Trânsito e Transportes de Palmas, no Estado de Tocantins; a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Água e Esgoto de Joinville, no Estado de Santa Catarina; a Agência Reguladora de Água e Saneamento Básico de Cascavel, no Estado do Paraná e a Agência Reguladora de Serviços de Água e Esgoto de Mauá, no Estado de São Paulo.

Ressalte-se que apesar do elevado número de agências reguladoras instituídas no Brasil, são várias as características comuns presentes em cada uma das leis regentes, tais como: natureza jurídica, composição dos órgãos de direção, forma de nomeação, previsão de mandato fixo, independência financeira, competências, finalidades, poder normativo e regulamentar, previsão da participação popular nos processos decisórios, bem como de acordos de cooperação com os demais entes integrantes da administração pública.

CAPÍTULO III – PODER NORMATIVO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

1 – Aspectos da função normativa das agências reguladoras frente ao princípio da separação dos poderes

As agências reguladoras independentes destacam-se pela natureza das funções que executam em setores de relevante interesse público. Para o alcance dessas finalidades as agências reguladoras necessitam de um conjunto de competências normativas, administrativas, fiscalizatórias e de solução de conflitos entre os setores regulados.

Com efeito, as agências reguladoras independentes foram concebidas para superar a tradicional organização formalista e burocrática da administração pública, bem como para afastar a influência do poder político em setores indispensáveis ao atendimento das finalidades coletivas.

Dentre esses poderes conferidos às agências reguladoras destaca-se o poder normativo, através do qual as agências reguladoras podem emitir normas jurídicas gerais e abstratas. Na visão de Alexandre Santos de Aragão, “a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.”²⁰¹

Nesse sentido, o exercício da competência normativa das agências reguladoras indica as transformações ocorridas no modo de atuar do Estado e que traz reflexos na organização da administração pública para o alcance eficaz das necessidades coletivas.

Ressalte-se que tal competência poderia ser questionada em razão dos princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade, os quais impediriam a atribuição de competência normativa às agências reguladoras. Contudo,

²⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 380.

a concepção tradicional desses princípios deve ser revista em face da nova realidade de atribuição de competências entre os poderes.

Quanto ao princípio da legalidade a doutrina tem buscado adaptá-lo à nova realidade da organização dos poderes em que se destacam a reserva legal absoluta, quando cumpre ao legislador esgotar o tratamento da matéria, e a reserva legal relativa quando se admite a atuação do aplicador da norma. Nesse sentido, em relação ao poder normativo das agências reguladoras é necessário identificar os limites para o seu exercício para que não ocorra a invasão de competência.²⁰²

Em relação ao princípio da separação de poderes, Fabrício Motta reflete que:

A separação de poderes, difundida principalmente na concepção que lhe deu Montesquieu, foi o mais sagrado e persistente dogma do Estado Liberal, a ponto de se considerar, como visto, que ‘toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem determina a separação de poderes, não tem Constituição. (...) (...) Montesquieu preocupou-se em conceber um sistema de interferências e limitações recíprocas entre os poderes, de forma que os mesmos se encontrassem harmonicamente equilibrados. Na verdade, não existe nem divisão, nem separação de poderes, mas partilha ou colaboração entre os poderes, ou melhor, interpenetração de funções.’²⁰³

Com efeito, em que pese a doutrina de Montesquieu amplamente aplicada ao Estado Liberal, temos que a separação de poderes está relacionada à colaboração entre os poderes no exercício de suas funções. Nesse processo, temos tanto a necessidade de controle recíproco entre os poderes, quanto à necessidade de produção de atos atípicos daquela competência tradicionalmente outorgada.²⁰⁴

É nesse sentido, que todas as funções e competências das agências reguladoras abrangem aspectos legislativos, executivos e judiciais em razão da sua autonomia reforçada e da especialização do setor regulado.

Desse modo, o princípio da separação de poderes deve ser revisado em face do pluralismo da sociedade contemporânea, o qual coloca diante de diversas entidades as

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 187/189.

²⁰³ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 43/44.

²⁰⁴ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001. p. 109/110.

reclamações ou o apoio de vozes diferentes, em que cada um tem o seu veículo de expressão numa função do Estado.²⁰⁵

Por outro lado, cumpre salientar que a atribuição do Poder Legislativo para editar normas gerais e abstratas deriva de sua legitimidade, na medida em que seus membros são representantes eleitos pelo povo para criar normas jurídicas. Nesse sentido, em razão da composição do Poder Legislativo, entendeu-se que é sua a competência primordial para elaboração das leis, o que leva a se questionar a competência legislativa exercida por outros entes.²⁰⁶

Sobre o assunto, Paulo Roberto Ferreira Motta aponta que:

Uma das questões fundamentais para o direito público atual relaciona-se com o exercício da função normativa por diferentes órgãos do estado. A tradicional concepção de Montesquieu sofre, nos dias de hoje, variadas críticas, em virtude do acentuado tecnicismo da sociedade atual. Sustentam alguns que os Parlamentos não estão aparelhados para legislar de modo pronto e efetivo sobre as questões que se colocam no cotidiano das nações. Por outro lado, parece florescer, a cada dia com maior intensidade, a noção de que ao Parlamento restaria o papel fiscalizatório dos outros dois Poderes.²⁰⁷

Com efeito, as estruturas do Poder Legislativo não estariam preparadas para tratar de determinados assuntos que demandam especial conhecimento técnico para o seu tratamento, a exemplo da atividade das agências reguladoras na regulação de setores especializados.

Desse modo, o exercício da competência normativa das agências reguladoras estaria relacionada à especialidade de atuação dos setores regulados e não viola o princípio da separação de poderes, vez que tal figura constitui uma mera divisão das atribuições do Estado em órgãos distintos para o atendimento de setores específicos, bem como para impedir a concentração de poderes.

Na visão de Alexandre Santos de Aragão:

²⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 374.

²⁰⁶ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001. p. 109.

²⁰⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri, São Paulo: Editora Manole, 2003. p. 146.

Podemos afirmar que as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos(...).²⁰⁸

Portanto, a atribuição de competências normativas a entes técnicos, especializados e neutros contribui para afastar as ingerências políticas e permitir a tutela eficaz dos interesses públicos sempre levando em conta a mediação dos interesses e o constante diálogo com a sociedade no atendimento das necessidades coletivas.

2 – O poder normativo das agências reguladoras e o princípio da legalidade

A competência normativa das agências reguladoras está ligada à especialidade dos setores regulados, bem como ao aumento das necessidades sociais e a ineficiência do Poder Legislativo no tratamento de determinados assuntos relativos aos setores regulados. Tais fatores levaram à flexibilidade da estrita legalidade para o reconhecimento do poder normativo dos entes reguladores.

Contudo, a competência normativa conferida às agências tem sido questionada pela suposta incompatibilidade com alguns princípios constitucionais. Nesse sentido, a atividade normativa dos entes reguladores representaria uma afronta ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, o qual é garantido como direito fundamental dos indivíduos e constitui garantia do Estado democrático de Direito ao dispor que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Nesse sentido, as leis devem obedecer o processo legislativo constitucional para criar obrigações aos indivíduos e para a administração pública. Porém, em virtude de novas demandas sociais e do aumento dos encargos do poder público, a concepção de legalidade assumiria um sentido mais abrangente admitindo não só a lei formal, mas

²⁰⁸ ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.376.

também todas as normas que integram o ordenamento jurídico, como a edição de regulamentos administrativos.²⁰⁹

Desse modo, a constitucionalidade do poder normativo das agências estaria assegurada na reserva relativa da lei, na qual os entes reguladores atuariam respeitando os limites impostos pela lei.

Em relação à obediência da reserva legal no exercício da competência normativa, Fabrício Motta diferencia os atos normativos originários que seriam aqueles relacionados a uma competência própria do órgão estatal outorgada pela Constituição, a exemplo dos atos emanados pelo Poder Legislativo. De outro lado, temos os atos normativos derivados que consistiriam na especificação de uma norma existente para a sua execução.²¹⁰

É nesse sentido que deve ser compreendida a atribuição normativa das agências reguladoras que atuariam respeitando as matérias de competência exclusiva do legislativo. Ressalte-se que o exercício dessa competência normativa pelas agências reguladoras está vinculada a todos os princípios e valores consagrados em nosso texto constitucional.

Com efeito, a própria concepção de poder normativo deve levar em conta que os atos normativos produzidos pelas agências reguladoras sujeitam-se ao princípio da legalidade como critério de legitimidade do ato administrativo.²¹¹

Para imprimir um novo significado ao princípio da legalidade deve-se, inicialmente, assentar a vinculação direta da Administração à Constituição, em decorrência, sobretudo, de sua irresistível força normativa. A relativização da supremacia da lei impregnou a legalidade administrativa de uma dimensão constitucional que antes lhe era desconhecida. Em decorrência deste aspecto, que realça novamente a normatividade dos princípios constitucionais, admite-se a substituição da lei pela Constituição como fundamento direto e imediato de qualquer ato ou ação administrativa.²¹²

²⁰⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.p. 516/517.

²¹⁰ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 118.

²¹¹ GUERRA, Glauco Martins. **Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar**. In: O poder normativo das agências reguladoras. Organização: Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.94.

²¹² Ibidem. p. 131.

Nesse aspecto, a reserva legal imposta pelo princípio da legalidade estaria relacionada aos casos em que o texto constitucional não admite a regulação por qualquer outro ato normativo, enquanto nos demais casos seria possível a regulamentação em complementação por outros atos normativos.

Desse modo, o poder normativo das agências reguladoras não apresenta qualquer incompatibilidade com o princípio da legalidade do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, vez que não há reserva de lei formal para as matérias de competência das agências reguladoras em que há espaço para a emissão de atos normativos.²¹³

Cumprе salientar, que o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras deve estar em conformidade com o princípio da legalidade exposto no *caput* art. 37 da Constituição Federal. Nesse sentido, a atividade administrativa deve estar sujeita aos princípios e valores consagrados em nosso texto constitucional levando à identificação pela doutrina do princípio da juridicidade, o qual indicaria que a atividade administrativa não estaria sujeita apenas à lei, mas a todo o sistema jurídico.²¹⁴

Em relação à competência normativa das agências reguladoras, as próprias leis instituidoras dispõem sobre as finalidades a serem atingidas, bem como os limites de atuação. Desse modo, o poder normativo das agências reguladoras estaria restrito às finalidades expostas pelas leis instituidoras²¹⁵, motivo pelo qual não podem exceder os limites das competências atribuídas para a regulamentação dos setores submetidos à atividade regulatória.

Portanto, não há qualquer incompatibilidade do exercício do poder normativo das agências reguladoras com o princípio da legalidade, vez que a própria atuação das agências deve estar vinculada ao referido princípio, respeitando a reserva legal absoluta e a delegação do campo de atuação da competência normativa.

²¹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 519.

²¹⁴ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 129.

²¹⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. cit.* p. 520.

Ademais, a atividade da administração pública deve estar em conformidade com a lei, conforme *caput* do art. 37, ou seja, “cabe à administração pública apenas subsumir o acontecimento do mundo fático à norma legal aplicável prevista de forma genérica e abstrata e aplicar o comando normativo respectivo.”²¹⁶ Acrescente-se que apenas haveria incompatibilidade entre o poder normativo das agências reguladoras e o princípio da legalidade quando o ente regulador editasse o ato normativo sem a competência legal para este exercício.

3 – Competência normativa do Poder Executivo

Na concepção do princípio da separação de poderes adotada atribui-se também ao Poder Executivo a competência normativa, a qual distingue-se da competência legislativa, pois está relacionada à produção de normas que não se resumem às leis, mas que também encontram seu fundamento de validade na Constituição.²¹⁷

Do mesmo modo, o Poder Executivo exerceria sua competência legislativa nas hipóteses previstas nos arts. 62 e 68 da Constituição Federal, as quais tratam da medida provisória e da lei delegada.²¹⁸

Ainda que não seja objeto deste estudo analisar a competência legislativa do Poder Executivo, é válido ressaltar que através da medida provisória o Presidente da República pode inovar o ordenamento jurídico sujeitando-se à aprovação do Congresso Nacional.

De outro lado, a lei delegada estaria relacionada a uma delegação de poderes legislativos conforme resolução emitida pelo Congresso Nacional e restrita às limitações materiais do §1º, do art. 68, da Constituição Federal, o qual dispõe que, “não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I-

²¹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 521.

²¹⁷ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p.134.

organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.”

Sobre a delegação legislativa, Leila Cuellar entende que:

A delegação é a outorga específica e precária, de poder titularizado por órgão estranho ao delegatário. Específica porque a delegação exige conteúdo certo e predeterminado. Precária, pois caracteriza-se pela possibilidade de, a qualquer tempo, ser retomado pelo ente delegante.²¹⁹

No exercício da competência normativa, o Poder Executivo pode expedir com exclusividade, pelo seu chefe, decretos para a prática de atos de sua competência²²⁰, cuja atribuição está assegurada no texto constitucional, a exemplo do decreto de intervenção previsto no art. 34 da Constituição Federal, através do qual a União intervém nos Estados e Municípios nas hipóteses previstas neste artigo²²¹. Do mesmo modo, também poderíamos citar o decreto de emergência nos casos de Estado de Defesa ou de Estado de Sítio, (art. 136 e 137 da Constituição Federal) o decreto regulamentar (art. 84, IV da Constituição Federal) e o decreto autônomo no exercício de suas competências privativas (art. 84, inciso VI, “a e b” da Constituição Federal).

3.1 – Aspectos da função regulamentar do Poder Executivo

O exercício da competência regulamentar pelo Poder Executivo é assunto controvertido na doutrina que discute se tal competência seria exclusiva apenas do Presidente da República e dos Ministros de Estado.

Com efeito, o exercício do poder regulamentar é inerente à figura do Poder Executivo, vez que o devido cumprimento de certas leis pressupõe a interveniência dos órgãos de aplicação que deverão delimitar a sua forma de execução.

Na visão de Fabrício Motta:

²¹⁹ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001. p. 112.

²²⁰ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 145.

O fundamento da função regulamentar é a Constituição que deve discipliná-lo em todos seus aspectos; suas justificativas atuais são a necessidade de assegurar a correta e equânime execução das leis, mediante procedimentos e determinações dirigidas aos agentes que irão executá-la; e ainda a necessidade ativa do Estado de movimentar-se, utilizando-se de diversos mecanismos além das leis, para atender às exigências contempladas na Constituição.²²²

Nesse sentido, o regulamento expedido através de Decretos de competência privativa do Poder Executivo decorre de previsão constitucional, a qual prevê, nos termos do art. 84, inciso IV, a expedição de decretos e regulamentos para dar cumprimento às leis.

Desse modo, deflui-se que ao Executivo sempre foi atribuído o papel de expedir regulamentos ao fiel cumprimento das leis. Contudo, nem toda atividade do executivo demanda a preexistência das leis, na medida em que tais leis não seriam capazes de abarcar todas as peculiaridades dos casos.

É nesse sentido que deve ser compreendida a competência regulamentar do Poder Executivo que, conforme Sérgio Varella Bruna, pode se dar mediante autorização legislativa, através da qual confere-se competências normativas para complementar as leis, limitando-se a definir os limites da atuação do Poder Executivo, ou na atribuição ao Poder Executivo de competências para editar regulamentos autônomos.²²³

Saliente-se, ainda, que a função regulamentar é uma ação normativa, pois a ação legislativa estatui normas primárias pelo poder originário e a ação normativa do Executivo edita normas primárias que decorrem do poder derivado.²²⁴

Desse modo, conforme ressalta Henrique Ribeiro Cardoso, os regulamentos não se confundem com o poder normativo da administração, por meio do qual são expedidas resoluções, portarias, instruções entre outros atos, tendo em vista que um

²²² MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 151.

²²³ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.73.

²²⁴ GUERRA, Glauco Martins. **Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar**. In: O poder normativo das agências reguladoras. Organização: Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 115.

dos aspectos do regulamento é a produção de efeitos externos que atingem a atividade dos particulares.²²⁵

Sobre a concepção de regulamento, Odete Medauar entende que:

No direito brasileiro, o poder regulamentar destina-se a explicitar o teor das leis, preparando sua execução, completando-as, se for o caso. Do exercício do poder regulamentar resulta a expedição de regulamentos, veiculados por meio dos decretos. Trata-se dos chamados regulamentos de execução, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, são atos administrativos que estabelecem normas gerais.²²⁶

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os regulamentos, apesar de referir-se a uma categoria de atos, tem como peculiaridade comum o fato de serem expedidos por órgãos diversos daqueles competentes para a edição das leis. Nesse sentido, o regulamento designa: “o ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.”²²⁷

Por sua vez, Fabrício Motta cita o entendimento de Sérgio Ferraz para o qual o regulamento seria “ato administrativo normativo emitido por órgão ou agente de qualquer dos poderes, desde que no exercício de função que não seja legislativa.”²²⁸

Nesse ponto, cumpre destacar que ao Poder Executivo é atribuída a faculdade para editar atos normativos com o fim de executar as leis, nos termos do art. 84, inciso IV, que consagra o regulamento executivo.

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, a previsão dos regulamentos executivos deriva do cumprimento de determinadas leis que pressupõe a interferência de órgãos administrativos para aplicação do que nelas está descrito.²²⁹

O decreto autônomo, por outro lado, refere-se ao ato do Poder Executivo que inova no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Eros Grau descreve que os

²²⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Coleção Direito Regulatório. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006. p. 162.

²²⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2006. p. 116.

²²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 343

²²⁸ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 153.

²²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p. 351.

regulamentos autônomos são emanações da atribuição da função normativa ao Executivo que seria indispensável à sua própria atuação.²³⁰

Os regulamentos autônomos derivam da necessidade de se conferir ao executivo uma competência normativa mais ampla para atender as necessidades impostas pelo grau de especialização técnica de determinados setores, para os quais a inaptidão e a morosidade do Poder Legislativo não seria capaz de atender.²³¹

Para Sérgio Varella Bruna, os regulamentos autônomos são “atos normativos editados pelo Poder Executivo com base em competências normativas próprias, estabelecidas na Constituição, para as quais não se prevê a interferência do Poder Legislativo. Cria direito novo, independentemente da existência de lei a respeito.”²³²

Ressalte-se que nos termos do art. 84, da Constituição Federal, somente poderiam ser disciplinadas as matérias descritas nas alíneas do artigo, bem como devem ser respeitadas as matérias reservadas ao domínio da lei.²³³

Nesse sentido, Geraldo Ataliba destaca que:

Como o regulamento é ato subordinado à lei, não lhe pode ampliar o conteúdo, nem restringi-lo. Sua específica finalidade não é – como pensam os leigos jornalisticamente informados – completar a lei, nem explicá-la (função dos juristas), nem minudenciá-la, mas dispor sobre a maneira pela qual os agentes administrativos irão, com fidelidade e exatidão, fazê-la cumprida, providenciar sua efetiva aplicação, assegurar a eficácia de seus mandamentos.²³⁴

Desse modo, os regulamentos autônomos estariam relacionados a uma esfera de atuação do Executivo delineada pela Constituição Federal que estaria limitada tanto pelas reservas legais, quanto pela existência de normas sobre o assunto.

Sobre o assunto, Glauco Martins Guerra ressalta que:

²³⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 188.

²³¹ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p.87.

²³² Ibidem .p.88.

²³³ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 163.

²³⁴ ATALIBA, Geraldo. **Poder Regulamentar do Executivo**. In: Revista de Direito público, ano XIV, janeiro/junho 1981, n°s 57-58, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1981. p. 191.

A margem de competência legislativa da Administração não é mais de mera execução de dispositivos legais através da regulamentação vinculada ou autorizada. É essa mudança, esse novo entendimento sobre o poder normativo, que outorga diferencial evolução entre regulamentos e atos normativos. O regulamento é uma disposição volitiva da Administração Pública (seja na função assistencial, social ou de organização institucional de gestão) decorrente dos limites e atribuições que lhe são outorgadas por lei, para a persecução do fim a que se destina (...).²³⁵

Nesse sentido, a força normativa do regulamento autônomo estaria restrita aos limites do princípio da legalidade, o que não significa que o regulamento autônomo deve se restringir à execução do que consta na lei.

Sobre o assunto, Egon Bockmann Moreira ressalta que:

O que há de inaugural em nosso ordenamento são competências regulamentares amplas e dinâmicas, criadas por lei e por ela limitadas, dirigidas à disciplina jurídica de setores econômicos onde há o forte exercício de poder econômico por parte dos respectivos agentes, adicionado de características dinâmicas (tecnológicas, econômicas, sociais etc.). Logo, tais competências devem ser simultaneamente mais largas e mais rápidas do que aquela de simples execução dos comandos legais, alcançando a origem de novas hipóteses e mandamentos normativos.²³⁶

Com efeito, a competência normativa outorgada não pode contrariar a lei ou superar a competência dos entes reguladores para a emissão de atos normativos. Do mesmo modo, não pode criar deveres ou obrigações para as pessoas privadas sem qualquer fundamento legal, pois a lei deve fixar precisamente o âmbito da competência da autoridade administrativa.²³⁷

Portanto, analisada a competência do Poder Executivo no exercício de sua função regulamentar, cumpre agora analisarmos se o exercício dessa função também pode ser conferida a outras entidades da Administração Pública.

²³⁵ GUERRA, Glauco Martins. **Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar**. In: O poder normativo das agências reguladoras. Organização: Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 121.

²³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das Agências Reguladoras**. In: O poder normativo das agências reguladoras. Organização: Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.187.

²³⁷ Ibidem. p. 188.

3.2 – A competência regulamentar atribuída a outros órgãos da Administração Pública

Na análise da competência normativa do Poder Executivo ressaltou-se que o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, prevê a expedição de decretos e regulamentos para dar cumprimento às leis. Contudo, discute-se na doutrina se o exercício dessa função regulamentar seria exclusivo do Poder Executivo.

Nesse ponto, cabe destacar a posição de Alexandre Santos de Aragão ao defender a atribuição para outras entidades da Administração Pública da competência para o exercício da função regulamentar. Assim, citando o pensamento de San Thiago Dantas, o autor descreve que:

Muitas vezes a lei confere poder regulamentar a Titular de órgão ou a entidade da Administração Pública distinta da Chefia do Poder Executivo. Trata-se na expressão de San Thiago Dantas, da ‘descentralização do poder normativo do Executivo’ para órgãos ou entidades ‘tecnicamente mais aparelhados’.²³⁸

Desse modo, não apenas o Presidente da República, mas também os Ministros de Estado e outras entidades da Administração Pública também estariam autorizados para o exercício do poder regulamentar²³⁹, sobretudo porque tal atividade está relacionada ao cumprimento de uma finalidade outorgada pelo próprio texto constitucional.

Com efeito, atribui-se a órgãos e entidades da administração pública certas garantias para o exercício de suas funções, como a função normativa para regular com normas próprias as suas competências constitucionais. Tal atribuição deve ser exercida nos limites materiais das competências conferidas pelo texto constitucional a estes órgãos.

Sobre o assunto, Fabrício Motta aponta aspectos da competência normativa dos órgãos e entidades que detém autonomia pela Constituição: a) tais atos normativos seriam primários por apresentarem fundamento na própria Constituição; b) também encontram-se no mesmo patamar das leis; c) as normas somente se encontram em

²³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.381.

²³⁹ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001. p. 117.

sintonia com a Constituição se estiverem limitadas às matérias de sua competência; d) na sua competência não se encontra matérias abordadas por lei formal; e) estes atos destinam-se aos que possuem algum vínculo jurídico com os órgãos ou entidades, como os usuários de serviço público e f) tais normas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade.²⁴⁰

Analizados os principais aspectos da competência normativa atribuída a outros órgãos e entidades da Administração Pública, cumpre verificar os limites da competência conferida pelo texto constitucional. Em relação à existência dos regulamentos autônomos no Direito Brasileiro, apesar da resistência de boa parte da doutrina, vários autores admitem a sua existência e buscam delimitar o alcance desse poder regulamentar.

Nesse sentido, para Clénício da Silva Duarte a emissão de regulamentos autônomos deriva do poder discricionário em que a administração possui certa esfera de liberdade para atuar. Tal competência decorreria de um juízo de conveniência e oportunidade para o alcance de suas finalidades.²⁴¹

Do mesmo modo, Henrique Ribeiro Cardoso indica o pensamento de Eros Grau, segundo o qual os decretos autônomos seriam decorrentes da atribuição do exercício da função normativa implícita no texto constitucional.²⁴²

Com efeito, os regulamentos autônomos referem-se à própria atuação da atividade administrativa do Estado no exercício de suas competências para o alcance de suas finalidades.

Em relação aos limites do exercício da competência normativa, Leila Cuellar aponta que:

²⁴⁰ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 174/175.

²⁴¹ DUARTE, Clénício da Silva. **Os regulamentos independentes**. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, nº 16. p. 93.

²⁴² CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Coleção Direito Regulatório. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006. p. 174.

Em verdade, a principal preocupação que deve ser desenvolvida pela doutrina não está na simples resposta positiva ou negativa a algo que faz parte do cotidiano jurídico brasileiro, mas a tentativa de construção de um conjunto hermenêutico que busque, antes do que 'legitimar' a existência de regulamentos autônomos, desenvolver um leque de controle de tais atos administrativos. Antes do que admitir os regulamentos, tal qual existem no direito administrativo estrangeiro, pretender a elaboração de regras hermenêuticas que permitam o seu uso e vedem o seu abuso.²⁴³

Assim, superadas as discussões sobre a existência do regulamento no direito brasileiro, cumpre verificarmos os limites materiais ligados ao exercício dessa competência normativa. Nesse ponto, o poder regulamentar estaria limitado tanto pelo conjunto de valores, normas e princípios do texto constitucional, quanto pelas próprias matérias que somente podem ser abordadas por lei formal.

Desse modo, o regulamento autônomo estaria limitado pela própria ordem jurídica e deve buscar o cumprimento das determinações legais para o melhor alcance da satisfação do interesse público. Assim, a competência normativa não pode inovar a ordem jurídica estabelecendo direitos, obrigações e deveres sem observar a lei, a qual é responsável por determinar a própria atuação regulamentar.²⁴⁴

4 – A função normativa das agências reguladoras

As agências reguladoras independentes têm a finalidade de acompanhar, fiscalizar e orientar os agentes privados na prestação dos serviços públicos, bem como outras atividades econômicas em busca da garantia do equilíbrio e da estabilidade necessários ao atendimento do interesse público.

Com efeito, as agências reguladoras relacionam-se à reestruturação do modelo de Estado, a partir da redefinição das formas de intervenção para superar a ineficiência na realização de suas finalidades.²⁴⁵

Nesse sentido, no exercício de suas funções compete às agências regulamentar as atividades desenvolvidas pelos particulares através do estabelecimento de regras específicas sobre o desempenho dessas atividades.

²⁴³ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001. p. 123.

²⁴⁴ Ibidem. p. 125.

²⁴⁵ Ibidem. p. 128.

Sobre o conceito de regulação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro preleciona que refere-se ao: “a) estabelecimento de regras de conduta; b) controle de atividades privadas pelo Estado, que equivale à idéia de polícia administrativa; e c) a finalidade de proteger o interesse público (mais precisamente, segundo a autora, de permitir o funcionamento equilibrado do mercado)”.²⁴⁶

Desse modo, o poder normativo das agências reguladoras no exercício de sua função regulatória refere-se tanto ao estabelecimento de limitações administrativas com base na lei, quanto à expedição de normas para regulação das atividades relativas à concessão, permissão ou autorização de serviço público.

Sobre a importância do poder normativo das agências reguladoras, Leila Cuéllar assevera que:

Importa destacar que a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restariam frustradas as razões de sua instituição, se tais órgãos se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem poder elaborar normas de caráter geral, veiculatórias de sua política econômica.(...)(...) Verifica-se, portanto, que as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas.²⁴⁷

Ressalte-se que o exercício da competência normativa deve estar baseada em fundamentos legais, bem como deve ser orientada pelos valores e princípios de todo o sistema jurídico.

Além disso, cumpre destacar que a Constituição não estabelece um campo reservado para a atuação normativa das agências reguladoras. Sua competência normativa advém, sobretudo, das leis, em razão das especificidades dos setores regulados que determinam diferentes critérios para a sua atuação.²⁴⁸

A função normativa estaria justificada pela inaptidão do Poder Legislativo em normatizar setores que exigem os conhecimentos específicos dos entes reguladores, os

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. p. 205/206.

²⁴⁷ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001. p. 129.

²⁴⁸ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 179.

quais detém mais agilidade e flexibilidade para acompanhar as modificações do setor submetido à regulação.²⁴⁹

Nesse sentido, a Lei 9.472/1997 que instituiu a ANATEL dispõe no seu art. 19, inciso IV, que compete à ANATEL “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;”, bem como no inciso X “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”.

Desse modo, percebe-se que o poder normativo das agências reguladoras deve atender as competências administrativas determinadas em suas leis instituidoras, as quais preestabelecem as diretrizes e os limites desse exercício em relação aos setores submetidos à regulação.

Por outro lado, em razão da diversidade de atividades exercidas pelas agências reguladoras, não se pode admitir que o poder normativo seja aplicado indistintamente, pois há agências reguladoras de serviços públicos, agências reguladoras da exploração de monopólios e bens estatais por particulares e agências reguladoras de atividades privadas de interesse público.²⁵⁰

No âmbito dos serviços públicos as agências possuem amplo poder regulatório sobre os setores regulados. Nesse sentido, a intensa produção normativa das agências reguladoras deve delimitar a concorrência do mercado, bem como o equilíbrio econômico financeiro mediante a determinação das cláusulas tarifárias. Como menciona Alexandre Santos de Aragão:

A Administração deve fixar ‘standards’ técnicos e econômicos, valores objetivos, concretos, mínimos e possíveis de serem alcançados, que devem ser perseguidos pelas empresas, às quais competirá com exclusividade as decisões concretas sobre planos de investimento, contratações, financiamentos, etc. O Poder Público deve fixar os objetivos a serem atingidos mesmo que isto afete as decisões internas das delegatárias, penalizando as empresas pelo seu eventual descumprimento, mas, em princípio, não poderá se imiscuir diretamente nos meios internos dos quais a empresa pretende valer-se para alcançá-los.²⁵¹

Em relação às agências reguladoras de exploração de bens e atividades, ao Estado cumpre determinar normas que não constam no edital de licitação ou no

²⁴⁹ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 179.

²⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.383

²⁵¹ Ibidem. p.387

contrato, tendo em vista que é o proprietário do bem ou da atividade. Acrescente-se que esta atividade regulatória deve ser realizada nos limites da competência estabelecida pelas leis instituidoras, a exemplo da atuação da Agência Nacional de Águas (ANA) e da Agência Nacional do Petróleo (ANP), as quais são responsáveis por estabelecer a normatização necessária para realização da política nacional do setor.²⁵²

Por sua vez, na regulação das atividades privadas de interesse público as agências reguladoras devem limitar-se à determinação das finalidades coletivas primárias a serem alcançadas pelos setores, não devendo intervir sobre as atividades internas das empresas. Sobre o assunto, Alexandre Santos de Aragão cita o exemplo da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a qual cumpre autorizar o registro e o funcionamento dos planos privados de assistência à saúde exercendo a fiscalização e o controle das suas atividades. Nesse sentido, “as agências reguladoras de atividades privadas de interesse público têm em relação às autorizações amplo poder de normatização ao longo do desenvolvimento das atividades autorizadas, conformando-as permanentemente aos objetivos públicos para o setor – às finalidades estatuídas na lei setorial e às diretrizes do órgão da Administração Central competente.”²⁵³

4.1 – A competência normativa das agências reguladoras e o grau de especialização técnica dos setores regulados

A competência normativa das agências reguladoras é reforçada pelo aumento significativo das particularidades técnicas típicas dos setores regulados que exigem o tratamento por entes com conhecimentos especializados sobre o setor.

Com efeito, as agências reguladoras independentes foram concebidas no processo de descentralização normativa comandado pelo Estado a partir do reconhecimento de novas fontes estatais de normatividade em substituição ao monismo legislativo típico do Estado Liberal.²⁵⁴

²⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 390/391.

²⁵³ Ibidem. p. 395/396.

²⁵⁴ Ibidem. p. 52.

É nesse sentido que ocorreu a especialização dos órgãos responsáveis pela criação do direito, sobretudo porque o poder legislativo foi incapaz de tratar da complexidade das matérias que estavam sujeitas à atividade normativa. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho: “Além da necessidade que tinham as agências de editar normas para implementar as políticas públicas, o Poder Legislativo, em diversas oportunidades, não detinha aptidão para legislar sobre todas as matérias atinentes às agências, em face do volume e especificidade das mesmas.”²⁵⁵

Nesse sentido, os processos de produção normativa devem ser adaptados ao pluralismo e a complexidade da sociedade contemporânea. Conforme ressalta Paulo Roberto Ferreira Motta:

Muitas atividades antes não toleradas pelo direito, ou por ele estigmatizadas passam a ser aceitas como naturais pelas novas gerações. O custo da manutenção delas na ilegalidade, com o tempo, se torna insuportável. Do mesmo modo, a cada dia que passa, mais e mais setores da sociedade passam a construir, sem nenhuma preocupação com o ordenamento jurídico vigente, novas normas de conduta, que, agregadas por outros grupos, passam a ter uma força cogente muito maior do que o direito positivo.²⁵⁶

Desse modo, tanto o objeto da atividade normativa se especializou quanto os próprios entes responsáveis pela expedição das normas, os quais em virtude do grau de especialização técnica dos setores regulados apresentam atribuições normativas a partir de suas leis instituidoras.

Supera-se a concepção de um poder legislativo pleno e absoluto capaz de regulamentar todas as atividades da administração pública, pois a complexidade da sociedade impõe que as regras de caráter técnico e específico não estejam sujeitas à morosidade da discussão política do Poder Legislativo.

Sobre o exercício pelo Executivo dessa competência normativa, Sérgio Varella Bruna entende que:

²⁵⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira.** In: Reflexões sobre direito administrativo/Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 55.

²⁵⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras.** Barueri, São Paulo: Editora Manole, 2003. p. 151.

A dinâmica da vida moderna, porém, como a generalidade dos autores reconhece, revelou a inaptidão dos parlamentos em dar resposta às exigências normativas com a rapidez e conhecimentos técnicos demandados pela nova realidade econômica. Essa inaptidão fez com que, progressivamente, fosse sendo atribuída ao Poder Executivo, ao lado da função de fazer cumprir as leis editadas pelo Legislativo, o papel de instituir, ele próprio, as normas necessárias à eficiente regulação dos mercados.²⁵⁷

Com efeito, em face de fenômenos como a globalização, a evolução tecnológica e informacional, o Estado deve acompanhar a dinâmica social alterando as suas estruturas para se adaptar às novas realidades no atendimento das finalidades coletivas²⁵⁸.

Assim, a atribuição de competência normativa a determinados entes tornou-se necessária em razão da evolução econômica, social, cultural e constitucional, bem como do aumento das atribuições sujeitas à competência do Poder Legislativo e da sua inaptidão para tratar de determinados setores técnicos especializados.²⁵⁹

4.2 – Características da atividade normativa das agências reguladoras

O poder normativo das agências reguladoras independentes deve atender as diretrizes e os limites das competências administrativas determinadas nas leis instituidoras, as quais predeterminam o âmbito de atuação das agências reguladoras.

Nesse sentido, a Lei nº 9427/97 que instituiu a ANATEL determina, em seu art. 19, que compete à agência reguladora “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade”. Desse modo, no exercício de sua competência normativa deve “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público (art. 19, IV)”.

²⁵⁷ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 16.

²⁵⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Agências Reguladoras e Poder Normativo**. In: O poder Normativo das Agências Reguladoras. Coord. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 83.

²⁵⁹ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001. p. 114.

A Lei 9427/96 que instituiu a ANEEL disciplina em seu art. 3º, inciso VII, que compete à agência “estabelecer com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferências de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si.”

Do mesmo modo, a Lei 10.233/01 que instituiu a ANTT e a ANTAQ determina em seu art. 24, inciso IV, que compete à ANTT “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição”. Além disso, compete à ANTAQ nos termos do art. 27, inciso IV, “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.”

Também a lei 9.984/00 da Agência Nacional de Águas dispõe em seu art. 4º, inciso II, que compete à agência reguladora “disciplinar, em caráter normativo, a implementação, operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos”. Do mesmo modo, também determinam o art. 6º, inciso IX da Lei nº 2.219/01 (ANCINE), o art. 7º, incisos III e IV da Lei nº 9.782/99 (ANVISA) e o art. 4º, incisos II e VII da Lei 9.656/98 (ANS).

Com efeito, percebe-se que as leis instituidoras das agências reguladoras indicam as esferas de atuação normativa, sobretudo em relação à complexidade técnica dos setores submetidos à regulação, estabelecendo parâmetros gerais no âmbito da atividade regulada.²⁶⁰

Desse modo, em relação ao poder normativo das agências reguladoras, Fabrício Motta chega às seguintes conclusões:

²⁶⁰ ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 432.

a) a função regulatória é composta por uma miscelânea de diversas outras funções e utiliza-se de diversos mecanismos, não se afigurando correto restringi-la à função normativa; b) o exercício da função normativa é realizado de forma integrada ao ordenamento e destina-se, via de regra, às questões que envolvem conhecimentos técnicos; c) em respeito ao princípio da legalidade, não se admite que os atos normativos editados inovem de forma absoluta, criando de *per si* obrigações ou impondo restrição aos direitos fundamentais; d) tais atos encontram-se subordinados aos subprincípios da reserva legal e da preferência da lei, a ela devendo respeito hierárquico; e) o ordenamento nacional não admite delegação legislativa nem delegação regulamentar em favor das agências; f) aplicam-se, *in totum*, às agências, as considerações tecidas a respeito da função normativa das autarquias e das hipóteses de competência normativa implícita.²⁶¹

Assim, no âmbito de suas atribuições determinadas pelas leis instituidoras, as agências reguladoras possuem competência normativa compatível com a ordem jurídica brasileira e que se destina, sobretudo, à normatização de setores técnicos e especializados submetidos à atividade regulatória.

5 – A legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras independentes

As agências reguladoras independentes surgem no direito brasileiro a partir da especialização de determinados setores que exigem maior grau de autonomia para orientar o desenvolvimento de suas atividades. Tal característica possibilita a organização de uma estrutura de atuação com poderes decisórios e regulamentares que não estariam sujeitas às influências do poder político.

Saliente-se que as leis instituidoras atribuíram às agências reguladoras a estabilidade dos seus dirigentes que não podem ser exonerados *ad nutum*, a competência decisória e normativa para o exercício de sua função reguladora, bem como competências regulatórias específicas para o exercício das funções normativas, administrativa ou de solução de conflitos.

Contudo, a análise do regime jurídico aplicável às agências reguladoras independentes no direito brasileiro leva à discussão da legitimidade democrática da sua atuação. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão ressalta que:

²⁶¹ MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 181.

O ponto jurídico mais tormentoso dos amplos poderes, mormente os de natureza normativa, das agências reguladoras é o seu déficit democrático, causado por razões gerais decorrentes da administrativização do Direito Público e específicas, oriundas da ‘estabilidade temporária’ dos seus dirigentes, que não podem ser exonerados *ad nutum* pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições – especialmente pelo Presidente da República.²⁶²

Desse modo, para afastar esse eventual déficit democrático das agências reguladoras, a doutrina e a jurisprudência indicam mecanismos capazes de legitimar a atuação das agências reguladoras.

Inicialmente, cumpre destacar que as agências reguladoras não exercem funções políticas, mas estão relacionadas ao exercício da regulação de setores técnicos e especializados, devendo, além disso, cumprir as políticas públicas estabelecidas pelo governo central.²⁶³

Com efeito, a atribuição de competências normativas a entes especializados e neutros contribui para afastar as ingerências políticas e permitir a tutela adequada dos interesses públicos que não podem estar sujeitos às intermitências dos detentores do poder político.

Ressalte-se que as agências reguladoras derivam de uma criação legislativa, o que reflete a possibilidade de interferência do Poder Legislativo tanto para a criação quanto para a extinção das agências reguladoras.²⁶⁴ Além disso, ao Poder Executivo cumpre a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, bem como a determinação das políticas para o setor regulado e ao Poder Judiciário o controle judicial da observância do devido processo legal nas decisões das agências reguladoras.²⁶⁵

Nesse sentido, percebe-se que a análise da legitimidade democrática das agências reguladoras deve envolver todos os aspectos do regime jurídico aplicável,

²⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.433.

²⁶³ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p.523

²⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* p.434.

²⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 191.

tendo em vista que a sua instituição e disciplina envolve os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Cumpra destacar que a inserção das agências reguladoras independentes no âmbito do Estado Regulador reflete a possibilidade de dotar o aparato estatal de uma nova forma organizacional que amplie e possibilite maiores condições para a participação dos cidadãos nos seus processos decisórios²⁶⁶, o que garante a legitimidade de sua atuação, vez que os seus dirigentes não estão sujeitos aos processos eleitorais e estão investidos em mandatos a termo.

Em relação à nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, questiona-se o fato de não estarem sujeitos à *accountability* eleitoral²⁶⁷, o que poderia contrariar o princípio democrático, embora estejam vinculados ao exercício de funções técnicas e especializadas dos setores regulados.

Sobre o assunto, Leila Cuellar ressalta que:

É preciso salientar, inicialmente, que o fato de os membros do Poder Legislativo serem eleitos não os torna tecnicamente mais aptos a exercer a função normativa atribuída às agências reguladoras. É notório, por exemplo, que o Poder Legislativo possui um volume de trabalho exacerbado, não havendo tempo suficiente para apreciar todas as questões que lhe são submetidas. Por outro lado, por vezes seus membros não detêm conhecimentos técnicos específicos indispensáveis para a elaboração de determinadas leis.(...)²⁶⁸

Nesse sentido, o princípio democrático estaria preservado pela natureza técnica das decisões, sobretudo porque garantem a eficiência da atuação das agências reguladoras.

Com efeito, as agências reguladoras atuam no cumprimento dos objetivos e finalidades traçados pelo texto constitucional, o que é reforçado pela ênfase na atuação dos cidadãos que detém capacidade de intensificar a fiscalização dos atos das agências

²⁶⁶ CARDOSO, André Guskow. **A Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras Independentes**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Ano 2004. p. 41.

²⁶⁷ BINEBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. In: Agências Reguladoras e Democracia. Coord: Gustavo Binebojm. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 97. Sobre o assunto, o autor destaca que “o governo Lula marcou, na história institucional do Brasil, o primeiro teste da estrutura regulatória independente à sucessão democrática no âmbito federal. Antes disso, todos os dirigentes das agências tinham sido nomeados pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. Na posse de Lula, a direção das agências estava entregue a homens de confiança do governo anterior, derrotado nas urnas.

²⁶⁸ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001. p. 130.

reguladoras através de diversificados meios como as reclamações, representações, audiências e consultas públicas.

5.1 – A legitimação da atividade normativa das agências reguladoras

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pauta-se na participação popular no exercício do poder político através da eleição dos seus representantes direta ou indiretamente. Nesse sentido, o parágrafo único, do art. 1º, da Constituição Federal, determina que todo o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente nos casos previstos na Constituição Federal.

Desse modo, questiona-se a legitimidade dos atos normativos de entidades da administração pública, cujos dirigentes não estão sujeitos ao processo eleitoral, mas através da indicação do Chefe do Poder Executivo para o exercício de um mandato a termo²⁶⁹.

Sobre o assunto, Egon Bockmann Moreira destaca que:

A noção que o constituinte brasileiro positivou reside na concepção tradicional da democracia representativa, em que o poder é exercido e controlado pelo povo. A soberania popular é a pedra de toque. Porém, e na medida em que é inviável (física e juridicamente) o exercício exclusivo e imediato do poder por seu detentor (o povo), são necessárias regras fundamentais que disciplinem a escolha dos mandatários do poder público e o exercício das prerrogativas daí emanadas.²⁷⁰

Com efeito, a legitimidade dos atos normativos expedidos pelos integrantes do Poder Legislativo deriva da eleição de seus representantes pelo povo, no âmbito da clássica tripartição entre os poderes.

Contudo, cumpre destacar que o fato dos integrantes do Poder Legislativo serem eleitos não indica que são tecnicamente capazes para regular determinadas matérias, cujo grau de especialização técnica demanda conhecimentos específicos para o seu tratamento.

²⁶⁹CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001. p. 130.

²⁷⁰MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das agências reguladoras**. In: O poder normativo das agências reguladoras. Coord. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: editora Forense, 2006. p.198.

Como preleciona Juarez Freitas, o direito não pode mais ser entendido como um conjunto enclausurado de regras, pois a inserção de novas preocupações como a moralidade e justiça material no âmbito do direito constitui condição essencial à sustentação democrática do Estado.²⁷¹

Além disso, conforme menciona Vitor Rhein Schirato a respeito do grau de especialidade técnica da atuação das agências reguladoras:

Em razão dessa concepção não se pode exigir das normas reguladoras a mesma regulação que se exige das normas políticas, que estabelecem políticas públicas. As normas reguladoras não podem passar pelo mesmo processo de elaboração das normas parlamentares, impregnado de discussões políticas inerentes ao Parlamento, visto que seu escopo é completamente diferente. Se o objeto da regulação independente é assegurar o estabelecimento de normas técnicas e apolíticas – uma das razões, inclusive, da deslegalização -, não se pode exigir, para sua legitimação, o mesmo processo das normas parlamentares.²⁷²

Nesse sentido, o grau de especialidade técnica da atuação normativa das agências reguladoras justificaria a não necessidade de se submeterem ao mesmo grau de legitimação pela discussão parlamentar.

Além disso, a atuação das agências reguladoras supriria as próprias deficiências do Poder Legislativo, na medida em que foram instituídas para atuar em setores técnicos e especializados visando o atendimento eficaz das finalidades coletivas.²⁷³

Sobre a distinção da atuação normativa das agências reguladoras em relação ao Poder Central, Leila Cuéllar destaca que “ao contrário do Poder Legislativo, que possui um número muito grande de questões para apreciar, abrangendo uma gama diversa de matérias, o campo de atuação dos entes reguladores é mais restrito, vez que possuem competência para disciplinar apenas determinadas áreas.”²⁷⁴

Nesse ponto, cumpre destacar a legitimidade do processo decisório das agências reguladoras que leva à edição das normas, pois sua discussão depende da realização de processo de audiência pública em que toda a sociedade poderá opinar sobre as normas

²⁷¹ FREITAS, Juarez. **O princípio jurídico da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 136.

²⁷² SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado.** In: *Direito Administrativo e seus novos paradigmas.* Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 524.

²⁷³ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo.** São Paulo: Editora Dialética, 2001. p.131.

²⁷⁴ Idem.

reguladoras que serão produzidas, o que garante a superação do déficit democrático das normas produzidas pelos entes reguladores.

Desse modo, os processos decisórios das agências reguladoras devem possibilitar a ampla participação dos interessados, como destaca Alexandre Santos de Aragão, citando o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Além da especialização, flexibilidade, independência e celeridade, estas entidades se caracterizam, sobretudo, pela proximidade e abertura social de sua ação em relação aos administrados interessados, e a possibilidade de promover negociações em procedimentos participativos e, não menos importante, de atuar, em certos casos, com poderes ‘para-jurisdicionais’ para evitar intermináveis conflitos entre administrado e Estado. Em teoria, o princípio da participação tem plena aplicação em vários aspectos em que o instituto pode ser analisado, mas a sua importância sobressai principalmente pela criação de uma conexão administrativa imediata e despolitizada, às vezes bastante interativa, entre a agência e o administrado interessado.²⁷⁵

Com efeito, é indispensável que os processos decisórios das agências reguladoras possibilitem a participação da sociedade através de audiências públicas prévias à edição dos atos normativos para ampla discussão do objeto submetido à atividade normativa.²⁷⁶

Tal proposta afasta a noção de que somente em razão da eficiência técnica, e sem a necessária outorga política, sejam garantidas amplas competências para as agências reguladoras na regulação de setores que afetam diretamente a satisfação do interesse público.

Além disso, a legitimação pelo procedimento busca garantir a legitimidade da decisão, na medida em que o processo seria participativo e controlável²⁷⁷.

Nesse sentido, tal previsão possibilitaria que os processos decisórios proferidos no âmbito das agências reguladoras estivessem mais próximos aos interesses e necessidades da sociedade.

Sobre o assunto, Egon Bockmann Moreira ressalta que:

²⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 437.

²⁷⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 525.

²⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das Agências Reguladoras**. In: **O poder normativo das agências reguladoras**. Organização: Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 201.

O processo implica também a necessidade de participação popular na definição do interesse público, numa profunda imbricação entre processo e democracia. Ou seja, é pacífico que o cidadão tem o direito democrático de participar ativamente da formação das decisões administrativas do Estado, especialmente aquelas que incidirão sobre seus interesses (diretos ou indiretos). A supressão a esse direito (quer comissiva, quer omissiva) pode importar não só a nulidade do ato, como a responsabilização de seu emissor.²⁷⁸

É nesse sentido, que as leis instituidoras das agências reguladoras estipularam diversos mecanismos de participação popular no âmbito do processo decisório das agências reguladoras, fixando a necessidade de consultas e audiências prévias à edição dos atos normativos.

5.2 – A participação popular no processo decisório das agências reguladoras

A legitimidade da competência normativa das agências reguladoras deriva tanto da natureza das funções que exercem, as quais exigem um grau de especialização técnica específico para o tratamento de determinadas atividades, quanto pela observância de mecanismos de participação democrática, a exemplo das audiências e consultas públicas prévias à edição dos atos normativos.

Com efeito, o grau de importância e relevância das funções exercidas pelas agências reguladoras garantiria a legitimidade de sua atuação normativa. Como aponta Leila Cuéllar, para superar o problema da legitimação foram previstos mecanismos como a garantia do contraditório, a transparência na atuação das agências e procedimentos para a participação dos interessados.²⁷⁹

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira destaca que:

²⁷⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das Agências Reguladoras. In: O poder normativo das agências reguladoras.** Organização: Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 202.

²⁷⁹ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo.** São Paulo: Editora Dialética, 2001. p.134.

Qualquer ruptura no circuito democrático das decisões públicas exige a procura de novas formas de legitimação. Caso contrário, celebrar-se-á a institucionalização de uma esfera não-democrática (seja da Administração, seja do Legislativo, seja do Judiciário). A dinâmica das alterações políticas e legislativas faz com que as mutações nos sistemas jurídicos sejam compensadas com novos freios e contrapesos, de molde a se aproximar do equilíbrio original (ou ideal).²⁸⁰

Desse modo, a busca de mecanismos para conferir legitimidade democrática às agências reguladoras ressalta a importância da participação de toda a sociedade nos seus processos decisórios, podendo opinar através das audiências e consultas públicas realizadas.

Com efeito, a inadequação da clássica repartição de funções em face da evolução e complexidade da vida social determinou que novos mecanismos fossem criados para se adaptar às competências normativas do Poder Executivo²⁸¹.

Ressalte-se que a legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras não pode ser garantida somente pela natureza técnica das funções que executa. Como observa Sérgio Varella Bruna:

Para alguns, a Administração seria o único órgão dotado do conhecimento especializado necessário ao exercício das novas funções normativas. À especialização, assim, seria confiada a tarefa de controlar a atividade decisória, como se todos os temas cuja decisão fosse cometida ao Executivo pudessem ser decididos por critérios estritamente racionais, próprios às ciências exatas, de forma sempre orientada para a consecução do abstrato interesse público. Essa concepção, todavia, menosprezava os aspectos políticos das decisões regulamentares, já que nem sempre a ciência ou o conhecimento especializado são capazes de oferecer soluções unívocas para todos os problemas que reclamam a ação normativa.²⁸²

É nesse sentido, que a participação popular nos processos decisórios das agências reguladoras foi intensificada como forma de se adequar a sua atividade ao processo político.

Desse modo, as leis instituidoras das agências deram ênfase na viabilização de mecanismos para a participação da sociedade, como as audiências e consultas prévias aos processos decisórios.

²⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Os **limites à competência normativa das agências reguladoras**. In: O poder normativo das agências reguladoras. Coord. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: editora Forense, 2006. p.203.

²⁸¹ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 252.

²⁸² Ibidem. p. 252.

A Lei nº 9.427/96 que instituiu a ANEEL prevê em seu art. 4º, § 3º que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.” Assim também, a Lei nº 10.233/01 que instituiu a ANTT e a ANTAQ estabeleceu em seu art. 68 que as iniciativas de projetos de lei, alteração de normas administrativas e decisões da diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte sejam precedidos de audiência pública.

Por sua vez, a Lei 9.472/97 da ANATEL estabeleceu em seu art. 19, inciso III, que compete à agência submeter à consulta pública as medidas relacionadas à instituição ou eliminação da prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado (art. 18, inciso I), a aprovação do plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público (art. 18, inciso II) e a aprovação do plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público (art. 18, inciso III). Na sequência, em seu art. 42 dispõe que as minutas dos atos normativos também serão submetidas à consulta pública.

Desse modo, percebe-se que nas leis instituidoras das agências reguladoras está prevista a necessidade de realizar consultas e audiências públicas prévias aos seus atos normativos mais importantes.

Em relação às audiências e consultas públicas, Alexandre Santos de Aragão citando José Santos Carvalho Filho ressalta que na consulta pública a administração verifica a opinião pública através de peças escritas, enquanto a audiência pública ocorre através de debates orais em sessões previamente definidas.²⁸³

Tais procedimentos seriam importantes formas de informação para as autoridades administrativas sobre a realidade fática do setor regulado, bem como seria capaz de esclarecer as questões que devem ser disciplinadas pelos entes reguladores.²⁸⁴

²⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 439.

²⁸⁴ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 271.

Nesse sentido, a participação da sociedade no processo decisório das agências foi entendida como uma melhor forma de controle de sua atuação tentando reproduzir, de certo modo, o processo legislativo. Contudo, cumpre ressaltar que nem sempre esses processos democráticos são capazes de garantir satisfatoriamente o interesse coletivo, sobretudo em razão do fenômeno da “captura” dos setores submetidos à regulação e da limitada responsabilidade política dos agentes do Poder Executivo.²⁸⁵

Além disso, como ressalta Egon Bockmann Moreira:

o efetivo exame do teor democrático da legitimação procedimental da elaboração de normas pelas agências reguladoras brasileiras tem um resultado próximo do desolador. Apesar de usualmente haver participação, ela é restrita a camadas privilegiadas da população (especialmente empresas dos respectivos setores), em temas previamente circunscritos por juízos discricionários das próprias agências.²⁸⁶

Desse modo, a adoção de importantes mecanismos participativos para suprir o déficit democrático da atuação das agências reguladoras tem restrito âmbito de aplicação, pois apenas uma pequena parcela daqueles que serão afetados pelos processos decisórios das agências participam efetivamente das audiências e consultas públicas.

Todo esse conjunto de fatores demonstram que a efetiva participação da sociedade no processo decisório das agências não é satisfatório e nem capaz de garantir o efetivo controle da atividade das agências reguladoras.

Nesse sentido, cabe reforçar outros instrumentos de controle da atividade das agências reguladoras, tanto no âmbito administrativo pelo Poder Executivo, no legislativo pelo Poder Legislativo, quanto no jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Além disso, todos os processos decisórios realizados no âmbito das agências reguladoras devem ser motivados, buscando explicar os fundamentos de fato e de direito e sua relação com as finalidades públicas a serem atendidas. Para tanto, a atividade do Poder Judiciário é essencial, como ressalta Sérgio Varella Bruna:

²⁸⁵BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 p.254.

²⁸⁶MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: O poder normativo das agências reguladoras**. Coord. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: editora Forense, 2006. p. 204.

A doutrina também é uniforme quanto à circunstância de poder o Judiciário investigar a veracidade dos motivos determinantes do ato, ou seja, dos fatos invocados pela autoridade ao editar sua decisão, pois aqui não se trata de análise de mérito, porquanto não se julgam as razões de oportunidade ou de conveniência adotadas pela autoridade, mas tão somente a existência ou inexistência das circunstâncias de fato que deveriam ter servido como suporte da decisão. (...) (...) A combinação da participação dos interessados e da exigência de motivação, com a análise dos motivos determinantes, provê, assim, elementos para evitar-se que os procedimentos normativos sejam despidos de sentido prático e transformados numa farsa formal.²⁸⁷

Com efeito, as decisões devem ser devidamente motivadas, bem como ficar à disposição de toda a sociedade para verificar se a participação dos interessados foi relevante no processo decisório do ente regulador, ainda que seja mínimo o número de interessados.

De outro lado, como importante meio de difusão das atividades das agências temos a *internet*, a qual é destacada por Egon Bockmann Moreira, na medida em que: “os sites das agências cadastram os interessados e enviam e-mails com notícias e a pauta das consultas”²⁸⁸, muito embora nem todos tenham acesso e conhecimentos específicos para utilizar esse instrumento.²⁸⁹

Nesse sentido, a *internet* é um importante meio de racionalização e difusão das atividades das agências reguladoras favorecendo o acesso e a eficácia no controle de suas atividades, embora nem toda a população tenha acesso à essa tecnologia, devendo, por isso, ser utilizado também outros instrumentos de divulgação como grandes jornais de comunicação.

Além disso, cabe ressaltar que a amplitude e a multiplicidade dos processos decisórios das agências, bem como a necessidade de eficiência na elaboração desses processos, impede que todos possam ter acesso adequado a diversas de suas normas e suas aplicações²⁹⁰. Nesse sentido, devem ser estabelecidos de forma sistemática e uniforme todos os procedimentos das agências em que é necessária a participação

²⁸⁷ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 274/275.

²⁸⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: O poder normativo das agências reguladoras**. Coord. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: editora Forense, 2006. p. 210.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ Ibidem. p. 216

pública, a qual teria mais possibilidades de controlar as informações relevantes para intensificar o controle da atividade das agências reguladoras.

Com efeito, é através de processos comunicativos formadores da opinião pública que a participação popular garante a legitimidade da atuação dos entes administrativos possibilitando o melhor enfrentamento dos seus problemas e o aumento do controle das estruturas de atuação do Estado.

Desse modo, a participação popular no processo decisório das agências reguladoras pode ser de grande importância para afastar as controvérsias em relação a algumas de suas características como a sua identificação como a relativa independência em relação ao Poder Executivo, a estabilidade dos seus dirigentes e sua competência normativa e decisória.

Ressalte-se que as agências reguladoras foram concebidas a partir da retirada expressiva do Estado na exploração de serviços públicos e de atividades econômicas passando para a regulação e fiscalização das atividades delegadas aos particulares. São entes que refletem o pluralismo característico da sociedade contemporânea e que foram criados para atender a complexidade e o dinamismo da atividade estatal a partir das inúmeras transformações na economia e sociedade.

Assim sendo, a multiplicação das informações e a difusão do seu acesso geram novas perspectivas da sociedade em relação à atividade do Estado, tendo em vista que a maior participação da sociedade nos espaços de discussão garante maior representatividade dos seus interesses. Desse modo, exige-se a ampliação dos canais adequados de participação popular para acompanhar a atuação do Estado na busca da eficiência e legitimidade de sua atuação administrativa. Tal característica reflete a heterogeneidade e o pluralismo da contemporaneidade que influenciam diretamente a relação entre Estado e sociedade.

CONCLUSÃO

Ao longo do estudo pode-se verificar que o dinamismo e a complexidade característicos das relações entre Estado e sociedade determinaram transformações nas estruturas de atuação do Estado. Nesse sentido, novos institutos jurídicos foram surgindo em substituição às estruturas tradicionais para a implementação de mecanismos mais eficientes e menos onerosos de atuação do Estado na realização das finalidades públicas.

Desse modo, através da difusão de novos paradigmas e com a redefinição das estruturas de atuação do Estado surgem as agências reguladoras independentes, em que o Estado reduz sua intervenção direta na economia com a extensão da regulação sobre as atividades dos particulares.

Com efeito, as agências reguladoras independentes surgiram com a alteração do papel do Estado em razão da especialização de setores que dependem de maior autonomia para orientar o exercício de suas atividades, vez que as estruturas tradicionais do Estado não seriam capazes de garantir os instrumentos necessários à sua atuação.

Cumprе ressaltar, que a autonomia dos entes reguladores em relação ao poder central possibilita a organização de uma atuação em que os seus processos decisórios não estão sujeitos às influências do poder político. Tal característica é reforçada pela estabilidade dos seus dirigentes para um mandato determinado, durante o qual não podem ser exonerados *ad nutum*.

Apesar da inspiração no direito norte americano, vários países adotaram a figura das agências reguladoras desenvolvendo regimes aplicáveis às suas necessidades políticas e econômicas, mas mantendo as suas principais características.

É nesse contexto que as agências reguladoras surgem no direito brasileiro, estando ligadas à redefinição do papel do Estado com a adoção de uma atuação mais estratégica para o alcance de maior eficiência na organização da administração pública.

A partir do Plano Diretor da Reforma do Estado foram criadas no Brasil vários entes reguladores à nível federal, estadual e municipal, em decorrência da descentralização na prestação de serviços públicos.

Dentre as principais características do regime de agências reguladoras no direito brasileiro destacam-se: a natureza jurídica de autarquia especial; a autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária; as formas de nomeação e composição da estrutura organizacional; a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes e o seu regime de administração de pessoal.

De outro lado, o presente trabalho também analisou as principais legislações relativas a cada uma das agências reguladoras existentes, em que se chega à conclusão que cada um dos entes possui peculiaridades próprias que se adaptam às necessidades dos setores regulados.

Ressalte-se, ainda, que várias disposições das leis instituidoras das agências reguladoras apresentam redações semelhantes, sobretudo em relação à forma de nomeação dos dirigentes, organização do quadro funcional, mandato fixo e regime de incompatibilidades.

Assim também, buscou-se centralizar o estudo na análise do poder normativo e da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras independentes, destacando os principais aspectos do exercício da função normativa das agências reguladoras, o qual não viola os princípios da legalidade e da separação de poderes e deve estar pautado nos princípios e valores consagrados na ordem jurídica nacional.

Além disso, a atribuição de competências normativas a entes neutros, técnicos e especializados contribui para afastar as ingerências políticas e permitir a tutela adequada do interesse público, sempre destacando a participação popular através de diversificados meios como reclamações, representações, audiências e consultas públicas que conferem maior eficácia e legitimidade à sua atuação.

Na sequência do estudo, foram destacados os principais aspectos da função normativa das agências reguladoras tanto no estabelecimento de limitações administrativas baseadas na lei, quanto à expedição de normas para regulação das atividades dos setores regulados. Tais características indicam que os processos de produção normativa devem ser adaptados ao pluralismo da sociedade contemporânea,

em que a regulação de determinados setores de caráter técnico e especializado não podem estar sujeitos à inaptidão do Poder Legislativo.

Após, o estudo dedicou-se à análise da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras independentes, destacando os principais mecanismos indicados pela doutrina e jurisprudência para legitimar a sua atuação.

Nesse aspecto, cabe ressaltar que os processos decisórios das agências reguladoras devem possibilitar a ampla participação de toda a sociedade que poderá opinar através de audiências e consultas públicas prévias à edição dos atos normativos, permitindo que a atividade das agências reguladoras esteja mais próxima aos interesses e necessidades coletivas. Contudo, observou-se que, muito embora esses instrumentos estejam previstos nas leis instituidoras, a efetiva participação da sociedade é restrita a pequenas parcelas que serão afetadas pela atividade das agências reguladoras.

Nesse sentido, o presente estudo buscou destacar outros instrumentos de controle da atividade das agências reguladoras através do Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, bem como reforçar a necessidade de ampliação do acesso aos procedimentos das agências em que é necessária a participação popular.

Buscam-se, então, novos meios de legitimação da atuação do Estado através da relativização de suas estruturas visando implementar novas formas de participação popular na determinação das tarefas e objetivos da administração pública.

Portanto, através do desenvolvimento dos temas mencionados, procurou-se desenvolver a análise da evolução da atividade regulatória do Estado e a inserção das agências reguladoras independentes, sobretudo no ordenamento jurídico nacional, examinando os aspectos gerais do exercício da atividade regulatória e sua articulação com os poderes do Estado. Nesse sentido, objetivou-se destacar os principais elementos das agências reguladoras na ordem jurídica nacional, reforçando a necessidade de se aprimorar a efetiva participação popular no âmbito decisório das agências reguladoras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **A legitimação democrática das Agências Reguladoras**. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord: Gustavo Binenbojm. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. **Arqueologia de uma distinção: o Público e o Privado na experiência histórica do Direito**. In: *O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Org. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ATALIBA, Geraldo. **Poder Regulamentar do Executivo**. In: *Revista de Direito público*, ano XIV, janeiro/junho 1981, nºs 57-58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira**. In: *Reflexões sobre direito administrativo*/Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Direito Administrativo**. 4ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: *Uma avaliação das tendências*

contemporâneas do direito administrativo. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINEBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord: Gustavo Binebojm. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDOSO, André Guskow. **A Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras Independentes**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Ano 2004.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Coleção Direito Regulatório**. Coordenação Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**, 2ª Ed. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot. 1994.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, 2). Coordenadores da coleção: Pedro Gonçalves e Egon Bockmann Moreira.

_____. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. p. 205/206.

DUARTE, Clenício da Silva. **Os regulamentos independentes**. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, nº 16.

FREITAS, Juarez. **O princípio jurídico da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa**. In: Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras: A “Metamorfose” Do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)**. In: Agências Reguladoras e Democracia. Coord: Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES, Fernando José. **As Autoridades Regulatórias Brasileiras e seus Relacionamentos com as Demais Entidades do Poder Público**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUERRA, Glauco Martins. **Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar**. In: O poder normativo das agências reguladoras. Organização: Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 188.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 184

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna. Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural**. São Paulo: Edições Loyola, São Paulo. Brasil. 1992.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1997.

LOSS, Giovani R. **Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências**. In: O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Coord. Alexandre de Santos Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2006.

LYOTARD, Jean François. **A Condição Pós-Moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 5ª edição. São Paulo: Editora José Olympio.

MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Coord. Paulo Mattos. Organizadores: Mariana Mota Prado, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Diogo R. Coutinho e Rafael Oliva. São Paulo: Ed. 34. 2004

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e administração pública**. Ed. Alamedina: Coimbra, 1997. P. 34

_____. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora. 1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das Agências Reguladoras**. In: O poder normativo das agências reguladoras. Organização: Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri, São Paulo: Editora Manole, 2003.

MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo/Una evaluacion de las tendencias Del Derecho administrativo**/Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal**. In: Temas de Direito Regulatório. Coord. Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. P. 202.

_____. **Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal**. Revista de Direito Público da Economia, nº1, p. 74/75, jan/mar 2003.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SILVA, Fernando Quadros da. **A independência das Agências Reguladoras e o Princípio do Estado Democrático de Direito**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Ano 2001. P. 25.

VALENTE, Adriano Chaves. **Estado e Direito Anotações sobre Liberdade e Tutela**. In: O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, As Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2003. P. 94

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. São Paulo: Editora Scipione, 1997.